
VE RI TAS

D[R] BERNHARD GOTTLOB SCHMIDT'S

VORLESUNGEN

ÜBER

SÄCHSISCHES PRIVATRECHT.

ERSTER BAND.

VORLESUNGEN

ÜBER

DAS IN DEM KÖNIGREICHE SACHSEN GELTENDE

PRIVATRECHT

VON

DR. BERNHARD GOTTLOB SCHMIDT,

K. S. APPELLATIONSRATHE UND ORD. PROFESSOR DES SÄCHSISCHEN RECHTES
AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.

NACH DESSEN TODE HERAUSGEGEBEN.

ERSTER BAND.

LEIPZIG, 1869.

J. M. GEBHARDT'S VERLAG.
(LEOPOLD GEBHARDT.)

ForTy

S

Das vorliegende Werk erscheint nach dem Tode seines Urhebers als die Ausbeute einer nahezu sechsjährigen academischen Lehrthätigkeit. Eine weit umfänglichere systematische Bearbeitung des neueren Sächsischen Privatrechtes, welche der Verewigte Sich zur Lebensaufgabe gestellt hatte, war als ein Handbuch zugleich wissenchaftlichen und practischen Bedürfnissen zu dienen, und dem grösseren juristischen Publicum zu genügen bestimmt, bei dem frühzeitigen Ableben des Appellationsrath Dr. Bernhard Schmidt aber noch nicht zu dem Grade der Vollendung gediehen, um im Sinne des Dahingeschiedenen zur Grundlage einer litterarischen Drucklegung benutzt werden zu können.

Wenn hiernach zwei Umstände: dass nämlich die gegenwärtigen Vorträge nach der Absicht ihres Schöpfers überhaupt nicht der Presse gewidmet waren, und dass ferner der eigenen Hand des Meisters die redactionelle Feile versagt blieb, bei der Beurtheilung des Werkes besondere Rücksichten zu gebieten scheinen, so bildet doch gerade die über das Lob dieser Feder erhabene Gediegenheit jener academischen Vorlesungen den einzigen und durchschlagenden Grund ihrer Publication.

Die Principien, nach welchen bei dieser Veröffentlichung verfahren worden ist, sind von derjenigen Treue dictirt, welche jede gute Sache ihren Werkzeugen einflösst und deren Augenmerk dahin gerichtet sein musste, mit wörtlicher und buchstäblicher Genauigkeit nur Dasjenige — Dieses aber auch vollständig — dem Leserkreise zu vermitteln, was vom Autor unzweifelhaft der schriftlichen Fixirung für werth befunden worden war.

Es ist selbstverständlich, dass nur die neuesten Hefte dem Texte zu Grunde gelegt wurden und es dienen daher der ersten Hälfte des ersten Bandes (bis §. 60) diejenigen Vorlesungen zur Basis, welche von dem Beginne

des Wintersemesters 1868 an bis gegen Weihnachten desselben Jahres gehalten worden sind. Die bis dahin vorgetragenen Lehren, namentlich die wichtige Materie über die juristischen Personen (§§. 21—24) stehen somit durchaus auf dem Boden der jüngsten Gesetzgebung, deren neueste Erlasse u. A. auch auf dem Gebiete des Bergrechtes (bes. §. 23, S. 76 ff.) und des Fischereirechtes (§. 25, S. 90 und §. 52, S. 189) durch den Vortragenden Selbst Seinem Werke noch einverleibt werden konnten. Die rechtshistorischen Vorbemerkungen und der Abschnitt über die bürgerlichen Gesetze und das Gewohnheitsrecht (§§. 1—14) verdanken ihren Ursprung zum grossen Theile dem vorjährigen Hefte, indem der Docent in diesen stabiler gebliebenen Stoffen bei seinen neuesten Vorträgen sich kürzer gefasst, beziehentlich Seine Zuhörer auf Druckbogen verwiesen hatte, deren Erscheinen der Tod unmöglich machte.

Da, wo das neueste Heft abbricht (bei §. 61) tritt nun als vornehmste Quelle dasjenige Dictat in Kraft, welches aus der letzten Hälfte des Winterhalbjahres zu Ostern 1868 sowie aus dem Sommer des nurgenannten Jahres datirt.

Anlangend die hie und da sich vorfindenden Anmerkungen, so beruhen dieselben theils auf Notizen, welche in den hinterlassenen Papieren verstreut, theils auf mündlichen Erläuterungen, welche übereinstimmend von einer Mehrzahl Studirender frei nachgeschrieben worden sind, theils endlich auf Nachträgen, welche nach dem Stande der neuesten Gesetzgebung an seltenen Puncten geboten erschienen. Es verdienen somit jene Noten im Vergleiche zum Texte eine geringere Autorität.

Der zweite Band des Werkes, umfassend das Familien- und Erbschafts-Recht, soll in kürzester Frist nachfolgen und im Anhange ein Inhaltsverzeichniss enthalten, dessen Einrichtung dieser ersten systematischen Arbeit über das neuere Sächsische Privatrecht zugleich eine commentatorische Brauchbarkeit zu sichern bestimmt ist.

Der Herausgeber.

Es ist mir eine schmerzvolle, aber doch willkommene Aufgabe, dies Buch meines verewigten Freundes mit einigen Zeilen zu bevorworten. Schmerzvoll, weil ich bei jedem Worte daran gemahnt werde, dass die Wunde, die sein Verlust geschlagen, noch nirgends vernarbt ist, — willkommen, weil es mir wohl thut, damit von unserer innigen Verbindung im Leben Zeugniss geben zu dürfen.

Fast volle sechs Jahre habe ich das Glück gehabt, mit dem verehrten Verfasser dieses Buches in Amt und Leben vereinigt zu sein. Zu gleicher Zeit traten wir in unseren hiesigen Beruf ein. So verschieden auch unsere Lebensschicksale waren, so fanden wir uns doch rasch genug in innigster Gemeinschaft, die ungetrübt fortdauerte, bis sie der Hingang meines Freundes löste. Wie wir im Leben in stetem wissenschaftlichen Verkehr gestanden, so war es mir Herzenssache, nun dieses Buch, in dem die Arbeit eines reichen Lebens niedergelegt ist, bei seinem Eintritte in die Welt an Stelle des heimgegangenen Verfassers zu begleiten.

Erst vor sechs Jahren betrat mein verewigter Freund das Feld der academischen Thätigkeit. Bis dahin hatte er in verschiedenen Aemtern seinem Vaterlande als praktischer Jurist mit Auszeichnung gedient. In verhältnissmässig frühen Jahren war er zu der Stelle eines Rathes im hiesigen Appellationsgerichte aufgestiegen, da seine ausserordentliche juristische Begabung bald allgemeine Anerkennung gefunden hatte. Eben diese, wie das Vertrauen zu seiner ganzen Persönlichkeit war es gewesen, welche die Regierung bewogen hatte, ihm auf den Vorschlag der Facultät die erledigte Professur des Sächsischen Rechts anzutragen. Nur nach langem Schwanken hatte er sich entschlossen, diese Berufung anzunehmen. Er war sich der Schwierigkeiten bewusst, mit denen der Praktiker beim Uebertritt in die academische Laufbahn zu kämpfen hat, er wusste, wie ganz anders das Arbeitsfeld sei, das ihn erwarte und wie selbst die hervorragendsten praktischen Leistungen einen academischen Erfolg nicht mit Sicherheit verbürgen. Und alle diese Erwägungen wogen besonders schwer bei seiner bescheidenen und zu strengster Selbstkritik neigenden Natur.

In der That schwierig genug war die Aufgabe, die er übernommen hatte. Vor sechs Jahren stand das alte Sächsische Privatrecht noch in voller Geltung. Obschon unser Freund wusste, dass die Tage seiner Herrschaft gezählt seien, war er doch genöthigt, noch einmal diesen grossen auf bedeutungsvoller geschichtlicher Grund-

lage ruhenden Stoff dogmatisch zu erfassen und zu bearbeiten, gleichwie wenn es sich um die Darstellung eines in unbegränzter Wirksamkeit stehenden Rechts handelte. In voller Lebhaftigkeit steht mir die unermüdliche Thätigkeit und Anstrengung des Verewigten vor der Seele, wie er namentlich bemüht war, seine Sächsische Rechtswissenschaft mit dem Stande der neueren germanistischen und romanistischen Arbeiten in Einklang zu bringen. Seine Mühe war freilich nicht verloren; er hatte damit eine wissenschaftliche Grundlage für die Entwickelung des neu codificirten Rechts gewonnen. Denn er erfasste dem neuen Gesetzbuche gegenüber seine Aufgabe ungemein hoch; nur bei einer historischen Behandlung, meinte er, werde es gelingen, den Nachtheilen zu begegnen, mit welchen die Wissenschaftlichkeit der Praxis bei neuen Gesammtcodificationen bedroht wird.

In diesem Sinne strebte er mit äusserster Hingebung dem Ziele nach, auf der Grundlage des Gesetzbuches ein w i s s e n s c h a f t l i c h e s System seines vaterländischen Rechtes aufzubauen. Er kämpfte mit den Schwierigkeiten, welche die Fassung des Einzelnen im Gesetzbuche darbot; aber seine Neigung ging weniger darauf, gefundene Mängel bloss zu stellen, als darauf, sie durch wissenschaftliche Vermittelung zu überwinden. Er war ganz erfüllt von dem Gedanken, dass ihm der Beruf zugefallen sei, seinem Vaterlande diesen Dienst zu leisten. Zunächst legte er seine Arbeit in dem hier der Oeffentlichkeit übergebenen für seine Vorlesungen bestimmten Hefte nieder, später wollte

er mit einem ausführlichen Handbuche hervortreten, das er in grösserem Stile anzulegen begonnen hatte.

Es war ihm nicht beschieden, zu ernten, was er so sorgsam gesäet hatte. Mitten aus frischester und hoffnungsreichster Arbeit wurde er am ersten Tage dieses Jahres nach kurzer Krankheit zum ewigen Leben abgerufen! Aber für Alle, die den edeln, trefflichen Mann erkannt, ihn in seinem Wirken gesehen und verehrt haben, ist es ein tröstender Gedanke, dass seine Lebensarbeit nicht ganz mit seinem Tode beschlossen, dass sie in dem hier durch treue Sorgfalt des Bruders nach authentischen Grundlagen zum Drucke geförderten Hefte auch weiteren Kreisen zugänglich und dauernd nutzbar gemacht worden ist. Es ist dies das schönste Vermächtniss, das er seinem heissgeliebten Vaterlande zu geben vermocht hat. Eine dankbare Aufnahme wird nicht fehlen! —

Zum Schlusse möge hier ein kurzer Lebensabriss des Verewigten Platz finden, der mir von befreundeter Hand übergeben worden ist.

„Dr. Bernhard Gottlob Schmidt war der Sohn des am „25ten April 1853 zu Leipzig als Kirchen- und Schulrath „bei der Kreisdirection daselbst verstorbenen Dr. theol. „Gottlob Christian Schmidt und wurde seinen Aeltern am „14ten September 1822 zu Kaditz, einem bei Dresden gelegenen Dorfe, wo sein Vater damals Diaconus, später Pfarrer „war, als zweites Glied eines nachmals sehr zahlreichen, aus „acht Brüdern und zwei Schwestern bestehenden Geschwister„kreises geboren. Unter der persönlichen Leitung seines Va„ters genoss er den sorgfältigsten Unterricht in den Anfangs„gründen des Wissens, insbesondere der classischen Sprachen,

„und bezog zu Ostern 1836 die Fürstenschule zu Meissen, „in welcher Stadt sein Vater bereits seit dem vorhergehenden „Jahre als exemter Pfarrer zu St. Afra amtirte.

„Nachdem Schmidt zu Michaelis 1841 mit den glän- „zendsten Zeugnissen der Reife jene damals von Baumgarten- „Crusius als Rector geleitete Anstalt, deren erster Schüler er „zuletzt gewesen war, verlassen hatte, bezog er als Student „der Rechte die Universität Leipzig, besuchte hier vorzugs- „weise die Vorlesungen Günthers, Albrechts, Marezolls, Hänels „und Steinackers und schied von der Hochschule mit der „ersten Censur zu Michaelis 1844, um zunächst beim Kreis- „amte Meissen als Accessist (bis Ostern 1847) und nachdem „er mit der ersten Censur sein erstes Staatsexamen bestanden, „sodann als Protocollant bei dem Justizamte Eibenstock die „ersten Schritte in der Praxis zu thun. Hieran schloss sich „sein Access bei einer Mittelinstanz, indem er seit October 1847 „bis dahin 1849 als Auditor beim Appellationsgerichte Dresden „unter Meissner und Schneider arbeitete. In dieser Eigenschaft „fand er als Protocollführer bei den Berathungen des nachher „im Jahre 1855 publicirten Strafgesetzbuches und der Straf- „processordnung für das Königreich Sachsen andauernde Ver- „wendung. Er löste seine Aufgabe mit so viel Geschicklich- „keit, dass seine Leistung an Stelle der Richterprüfung ihm „angerechnet wurde. Nachdem Schmidt vorübergehend und „nur nominell als Actuar bei dem Dresdner Justizamte seine „erste Anstellung im Staatsdienste erlangt hatte, ging er mit „Beginn des Jahres 1850 als Assessor zu dem Appellations- „gerichte Leipzig, arbeitete hier zunächst im Criminal-, dann „im Civilsenat und wurde am 1ten Februar 1854 als Gerichts- „rath zu dem Stadtgerichte Dresden versetzt, welches gerade „damals aus den Händen seiner bisherigen städtischen Pa- „trimonialgerichtsherren in die des Staates überging. Hier „leitete er unter allseitiger Anerkennung bis zum 1ten De- „cember 1858 die Abtheilung für grosse streitige Civilsachen, „wurde darauf zum Rathe bei dem ihm von früher vertrauten „Appellationsgerichte Leipzig befördert und gehörte diesem „Collegium bis zum Monat März 1863 an, dem Zeitpuncte, „zu welchem die Wahl der Leipziger Juristenfacultät und des

„Sächsischen Cultusministeriums ihn auf den kurz zuvor von „dem hochverdienten Steinacker verlassenen Lehrstuhl des „Sächsischen Rechtes berief.

„Der Beginn seiner academischen Lehrthätigkeit fiel in „den kritischen Zeitraum, in welchem das Inkrafttreten des „damals bereits erlassenen Bürgerlichen Gesetzbuches in un- „bestimmter Zukunft bevorstand. Er behandelte den älteren „und neuen particularrechtlichen Lehrstoff sowohl in seinen „Vorlesungen über Sächsisches Privatrecht als auch in seinem „Collegium über Referir- und Decretirkunst und den sich daran „anschliessenden practischen Uebungen seiner Zuhörer. Nur „eine sechsjährige Frist war ihm zu dem Anbaue dieses ver- „antwortungsreichen Arbeitsfeldes gegönnt. Schmidt hat sie „mit angestrengtester Thätigkeit ausgekauft, doch sie war zu „kurz, um die edelsten Früchte zeitigen zu können, deren „Keime in seinen hinterlassenen Papieren sich vorfinden. Er „starb am 1ten Januar 1869.

„Nur zwei kleinere Abhandlungen, zu deren Autorschaft „ihn sein in das Jahr 1866 fallendes Decanat veranlasste, „sind bei Lebzeiten im Drucke erschienen, eine Abhandlung „de mortis causa donationis, quam codex jur. civ. Sax. ponit, „vi et indole observatio I und das zu Gustav Hänels fünfzig- „jährigem Doctorjubiläum herausgegebene Jubelprogramm „„Symbola ad vitam Gregorii Haloandri“, in welchem der „wirkliche Name dieses Quellengelehrten in scharfsinniger, „durch spätere archivarische Forschungen als richtig bestä- „tigter Conjectur in dem deutschen „Meltzer“ erörtert wird.“

Leipzig, d. 8. April 1869.

Carl Friedrich Gerber.

Inhalts-Verzeichniss.

Einleitung

Seite 1—25.

Aeussere Rechts- und Litterärgeschichte.

I. Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

1. Abtheilung.

Von den bürgerlichen Gesetzen.

2. Abtheilung.

Von den Personen.

I. Physische Personen.

II. Juristische Personen.

3. Abtheilung.

Von den Sachen und deren Eintheilungen.

4. Abtheilung.

Von den Handlungen.

5. und 6. Abtheilung.

Von den Rechten, deren Sicherung und Verfolgung.

II. Theil.

Das Sachenrecht.

1. Abtheilung.

Von dem Besitze.

2. Abtheilung.

Von dem Eigenthume.

1. Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

2. Abschnitt. Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen.

3. Abschnitt. Erwerb des Eigenthumes an unbeweglichen Sachen.

5. Abschnitt. Gerichtliche Verfolgung des Eigenthumes.

3. Abtheilung.

Vom Pfandrechte.

4. Abtheilung.

Von den Reallasten.

5. Abtheilung.

Von den Dienstbarkeiten.

III. Theil.

Das Recht der Forderungen.

1. Abtheilung.

Von den Forderungen im Allgemeinen.

1. Abschnitt. Verschiedenheit der Forderungen nach ihrem Gegenstande.

3. Abschnitt. Von der Entstehung der Forderungen.

4. Abschnitt. Abtretung der Forderungen.

5. Abschnitt. Erlöschung der Forderungen.

2. *Abtheilung.*

Von den einzelnen Arten der Forderungen.

1. Abschnitt. Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

2. Abschnitt. Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

3. Abschnitt. Forderungen aus verschiedenen Gründen

Berichtigungen.

S. 17, Z. 17 v. o. lese man „processualen“ statt „poressualen“.
S. 33, Z. 17 v. o. „ „ „Gesetze ergeben“ statt „Gesetz ergebene“.
S. 103, Z. 20 v. o. „ „ „Gesetz“ statt „Gesesetz“.
S. 184, Note „ „ „zu“ statt „zur“.
S. 232, Z. 5 v. o. „ „ „4“ statt „1“.

Einleitung.

Aeussere Rechts- und Litterärgeschichte.

§. 1. Vorbemerkung.

Mit der umfassenden Neugestaltung, welche unser Sächsisches Privatrecht durch das bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863 erfahren hat, hat für den Bereich des Letzteren die zeitherige Unterscheidung zwischen gemeinem und particulärem Rechte ihre practische Bedeutung verloren, insofern sich die Codification gerade die Aufgabe stellt, unser Landesrecht durch Verschmelzung jener beiden Hauptbestandtheile einer systematischen Einheit entgegenzuführen. Die wissenschaftliche Bearbeitung unseres Privatrechts dagegen gestattet nicht bloss, sondern erfordert geradezu (insofern wir nicht von vornherein auf dessen historisch-dogmatische Behandlung verzichten wollen) die fortdauernde Festhaltung jener Gegensätze, und noch weniger kann solche für die Zwecke unserer akademischen Lehrvorträge entbehrt werden, welche aus naheliegenden Gründen sich vorzugsweise mit denjenigen Partieen unseres Gesetzbuches zu beschäftigen haben werden, die an die specifisch Sächsischen Bestimmungen unseres zeitherigen Rechtes angeknüpft erscheinen. Umgekehrt werden in denselben dafür einige Lehren speciell particularistischen Inhaltes zu berühren sein, welche nach dem Plane des Gesetzbuches

von demselben ausgeschlossen geblieben sind oder welche uns erst die seitdem hinzugekommene neuere Gesetzgebung gebracht hat.

Soviel nun zunächst die vorauszuschickende rechtsgeschichtliche und litterärgeschichtliche Skizze anlangt, so lassen sich für dieselbe fünf Perioden unterscheiden:

§. 2. Erste Periode. Das Schöffenthum bis zum Anfange des 15. Jahrhunderts.

Tittmann, Geschichte Heinrichs des Erlauchten. Dresden-Leipzig 1845, 1846, 1850, 1863. v. Posern-Klett, zur Geschichte der Markgrafschaft Meissen im 13. Jahrhundert. Leipzig, 1863. Maerker, das Burggrafthum Meissen. Leipzig, 1842. Chr. Ernst Weisse, Geschichte der Chursächsischen Staaten. Leipzig, 1802 bis 1812.

Für die ersten Jahrhunderte nach Errichtung der Markgrafschaft Meissen gebricht es rücksichtlich des Zustandes des Privatrechtes in der Mark selbst und den dem heutigen Königreiche Sachsen entsprechenden sonstigen Gebietstheilen an directen Ueberlieferungen.

Charakteristisch für die ganze Periode ist das Fehlen einer hier in Betracht kommenden Territorialgesetzgebung. Das bürgerliche Recht bleibt somit ausschliesslich noch auf die gewohnheitsrechtliche Fortbildung angewiesen, und diese gehet wiederum mit den damaligen Formen der Rechtspflege Hand in Hand, die unter unmittelbarer Mitwirkung rechtskundiger Männer aus dem Volke geübt wird. Die Schöffengerichte in einzelnen Städten, ausser in dem benachbarten Dohna z. B. in Zwickau und Leipzig, scheinen schon in früherer Zeit nicht mehr bloss lokalen Zwecken gedient, sondern ihre Thätigkeit auch über den Umkreis ihrer Stadt erweitert zu haben. Unter der Vermittelung des Schöffenthums erlangten die in der zweiten Hälfte dieser Periode in den Nachbarländern ent-

standenen Privatrechtssammlungen bald maassgebenden Einfluss auch auf die Rechtsentwickelung in der Markgrafschaft, vor allen andern:

1) Der Sachsenspiegel. Von seinen beiden Haupttheilen, dem Landrechte und dem Lehnrechte, interessirt uns hier nur der erstere, das sogenannte jus provinciale Saxonicum (J. P. S.), jetzt in drei Bücher eingetheilt. Obwohl nur eine wahrscheinlich in das dritte Decennium des 13. Jahrhunderts fallende Privatarbeit eines Anhaltischen Edeln Eike von Repkow, der selbst ein Landschöffenamt, zuletzt in der Nähe von Magdeburg, bekleidete, und obwohl nur Aufzeichnung des dem Verfasser in seiner amtlichen Stellung oder sonst bekannt gewordenen Gewohnheitsrechtes und insofern für seine Geltung ursprünglich nur wieder an die verbindende Kraft der landläufigen Uebung verwiesen, hat sich das Rechtsbuch doch für die Wettinischen Lande, zumal seit dem Erwerbe des Herzogthums Sachsen und der damit verbundenen Kurwürde, zu einer dem jus scriptum gleichkommenden Autorität erhoben, und darf als die Hauptgrundlage unseres älteren vaterländischen Rechtes angesehen werden.*)

Aehnlich verhält es sich

2) mit dem unter dem Namen Magdeburger oder Sächsisches Weichbild bekannten Rechtsbuche. Man hat sich darunter weder ein Magdeburger Statutarrecht, noch ein unter unmittelbarer Autorität des dortigen Schöffenstuhls aufgezeichnetes Schöffenrecht, sondern gleichfalls nur eine Privatarbeit zu denken, die aber in ihrem zweiten und Haupttheile allerdings aus Magdeburger Schöffen-

*) Zu vergleichen namentlich das deutliche Anerkenntniss seiner Geltung in der für die Ernestinische und Albertinische Linie gemeinschaftlich erlassenen Oberhofgerichtsordnung von 1493: „Item Sechsische Rechte, wie die aussgedruckt, zu halten, aussgeschlossen die artigkell (so) von der Heyligen Kirchen abgethann vnd reprobiret". (Bezugnahme auf die Verdammungsbulle Gregor XI. vom Jahre 1374); sowie Kindii quaest. for. ed. II. tom. III., cap. I.

sprüchen (Weisthümern), sowie aus dem Sachsenspiegel geschöpft ist. Die Zeit der endlichen Redaction fällt wahrscheinlich in den Anfang des 14. Jahrhunderts. Das damals weit verbreitete Ansehen des Magdeburger Oberhofes verschaffte ihm Eingang auch in das Meissner Land, und es behauptete seine Geltung fort und fort, nachdem längst die hiesigen Landesherren die Versendung von Rechtssachen an den Magdeburger Schöffenstuhl verboten hatten (im Jahre 1432). Wiewohl von vergleichsweise weit geringerer Bedeutung als der Sachsenspiegel, gab es doch bis zum Erscheinen unseres Gesetzbuches immer noch einzelne Lehren, in welchen unsere Rechtssprechung ausschliesslich auf Stellen des Weichbildes zurückgehen musste.

Beide, Sachsenspiegel und Weichbild, galten deshalb bisher mit Recht als unmittelbar anwendbare Quellen unseres Privatrechtes, und die in unseren späteren Sächsischen Gesetzen häufig vorkommenden Ausdrücke „Sachsenrecht", „Sächsische Rechte" oder wohl auch „beschriebene und landläufige Sächsische Rechte" sind daher in der Regel auf den Inhalt der gedachten Rechtsbücher, vorzugsweise den Sachsenspiegel, soweit dieser Inhalt sich in Uebung erhalten hat, zu beziehen. Was den nicht seltenen weiteren Beisatz „gemeine Sächsische Rechte" anlangt, so leidet derselbe überhaupt nicht auf die Meissner Lande, für welche dem Vorstehenden zufolge das Sachsenspiegelrecht nicht als recipirtes, sondern als Landesrecht aufgefasst wurde, vielmehr zunächst nur auf diejenigen Länder vollberechtigte Anwendung, in welchen der Sachsenspiegel, bez. das Weichbild, Eingang gefunden hatte, ohne dass dieselben doch mit gleichem Rechte als einheimische Rechtsquellen betrachtet werden können, wie z. B. in den Schwarzburgischen und Reussischen Landen. Jedoch pflegt man unter den Ländern des gemeinen Sächsischen Rechts in einem weiteren Sinne überhaupt auch alle die-

jenigen Nachbarländer zu begreifen, welche entweder mit dem jetzigen Königreiche Sachsen früher zeitweise verbunden, vorübergehend unter gleicher Gesetzgebung mit ihm gestanden haben, oder auch später kurfürstlich Sächsische Getetze vermöge Reception angenommen haben. Hierher sind ausser den vorgenannten noch zu rechnen die grossherzoglich und herzoglich Sächsischen Länder, als: Weimar, Eisenach, Gotha, Coburg, Altenburg, Meiningen, Hildburghausen, sowie endlich auch das Herzogthum Anhalt.

Noch ist hier zu erwähnen:

3) Das sogenannte Rechtsbuch nach Distinctionen. Es ist im Laufe des 14. Jahrhunderts in den Meissner Landen selbst verfasst, und macht sich die vergleichende Zusammenstellung des Sachsenspiegels, des Magdeburger Weichbildes und des Goslarer Stadtrechts zur Aufgabe. Wenn auch in früheren Zeiten in den Meissner Landen vielfach handschriftlich verbreitet, so kommt demselben doch die Bedeutung einer unmittelbar anwendbaren Rechtsquelle nicht zu, vielmehr hat es für uns nur noch ein historisches Interesse, dieses freilich gesteigert dadurch, dass der Verfasser speciell für die Meissner Lande schrieb.

§. 3. Zweite Periode. Reception des Römischen Rechts und Beginn der Landesgesetzgebung. 15. und 16. Jahrhundert.

Neben den allgemeinen für ganz Deutschland wirksamen Gründen der allmählichen Aufnahme des Römischen und kanonischen Rechts kommen als mitwirkende, beziehentlich mit ihr wenigstens in Wechselwirkung stehende Thatsachen mehr lokaler Natur, folgende für uns in Betracht:

a) die bei der Glossirung des Sachsenspiegels und Weichbildes aufkommende Sitte einer Zusammenstellung der verwandten, resp. widersprechenden Grundsätze der einheimischen und fremden Rechtsbücher, welche sich namentlich auch schon in der romanisirenden Tendenz

der durch Theodor v. Boxdorf († 1461), Professor zu Leipzig, namhaft vermehrten Glosse des Märkischen Edlen Johann von Buch zum Sachsenspiegel kennzeichnet;

b) die Gründung der beiden Sächsischen Landesuniversitäten Leipzig und Wittenberg (der ersten [am 2. December 1409] unter Friedrich dem Streitbaren, die der andern in den damaligen Ernestinischen Landestheilen [1502] unter Friedrich dem Weisen) mit Errichtung ständiger, besoldeter Lehrstellen gerade für die fremden Rechtsdisciplinen (unter den Leipziger Docenten des Römischen Rechts im 16. Jahrhundert sind hervorzuheben: Melchior v. Ossa und Modestinus Pistoris. Letzterer geboren 9. December 1516, † 15. September 1565);

c) die mehr und mehr überhand nehmende Besetzung der Richterstellen in den höheren Spruchbehörden des Landes mit gelehrten Richtern, zunächst in den markgräflichen Hofgerichten und später auch in dem aus ihnen hervorgegangenen Oberhofgerichte (Oberhofgerichtsordnungen von 1483, 1488, 1493, 1548), sowie die den Schöppenstühlen in den Juristenfakultäten der Landesuniversitäten in ihrer gleichzeitigen Eigenschaft als Spruchcollegien erwachsende Concurrenz.

Bei alledem behauptete sich doch das einheimische Recht im Kampfe mit dem fremden insofern erfolgreich, als man nicht bloss gleich von vornherein bei dem Principe der bloss subsidiären Geltung des Letzteren stehen blieb (vgl. Oberhofgerichtsordnung von 1488), sondern auch Seiten der Sächsischen Fürsten fort und fort bemüht war, die Eigenthümlichkeiten der einheimischen Rechtsgrundsätze, selbst der Reichsgesetzgebung gegenüber, aufrecht zu erhalten (Rescript des Herzogs Georg von 1522). Wesentlich zu Statten kam ihnen hierbei das bereits 1423 von Kaiser Sigismund erhaltene Privilegium de non evocando et appellando, dessen erneute Anerkennung, nachdem es durch das inmittelst errichtete Reichskammer-

gericht in Frage gestellt worden, von Kurfürst August 1559 erwirkt wurde. (Oberhofgerichtsordnung von 1488: „Es sollen auch alle Sachenn vor dem Gericht nach Sächsischen Rechten, wo das rechtlich und beständigk ausgedruckt, versprochen werden. Wo es aber unausgedruckt, dunkel und unvornemlich, soll es Erfüllung und Deutung nach gemeinen Rechten nehmen“.)

§. 4. Fortsetzung.

Die ersten Aeusserungen der mit der Ausbildung der Landeshoheit erwachenden Territorialgesetzgebung sind für das Privatrecht noch wenig ergiebig; sie treten fast durchgängig in der Form von Landesordnungen von mehr polizeilichem Charakter auf, und enthalten nur vereinzelte, oft mehr gelegentliche Bestimmungen privatrechtlichen Inhalts, z. B. in Bezug auf die Jagd, die wucherischen Contracte, die Münzverhältnisse u. s. w. So die Landesordnung unter Herzog Wilhelm III. von 1446, unter Herzog Ernst und Albert von 1482. Wichtiger sind schon die unter Moritz von 1543 und 1550, und besonders die unter Kurfürst August von 1555.

Epochemachend ist dagegen gegen das Ende dieser Periode die Constitutionengesetzgebung von 1572 in vier Theilen. Veranlasst wurde dieselbe durch wiederholte ständische Beschwerden über ungleiche und widerwärtige Urtheile der Schöppenstühle und Juristenfacultäten zu Leipzig und Wittenberg. Kurfürst August erforderte hierauf von den Wittenberger und Leipziger Dikasterien gutachtliche Anzeigen über die streitigen Punkte, und es wurde hierauf von Wittenberg eine Reihe von Rechtsfragen (der Zahl nach 136, nach dem dortigen Ordinarius die casus Teuberi genannt), sowie von Leipzig in zwei nach einander erstatteten Berichten eine Gesammtzahl von 95 Fragepunkten (die ersten 9 davon, die sogenannten casus Thomingii mit sehr ausführlicher Begutachtung) eingesandt, worauf noch eine zweite Aeusserung der

Wittenberger in Form einer Beantwortung der Leipziger Fragepunkte (sogenannte casus Wesenbeccii) folgte. In einer hierauf 1571 zu Leipzig veranstalteten Conferenz der Leipziger und Wittenberger Rechtsgelehrten einigte man sich vorläufig über die einzelnen Punkte, denen der Kurfürst selbst noch mehrere Thesen strafrechtlichen Inhalts hinzugefügt hatte. Die hier gewonnenen Resultate, die man dem Kurfürsten in einer gemeinsamen Bearbeitung vorlegte, wurden sodann zur Grundlage genommen bei einem zweiten Convente, den der Kurfürst 1572 nach Meissen berief, und dem ausser den Vertretern der genannten Dikasterien auch noch eine Anzahl abgeordneter Mitglieder des damaligen Hofrathscollegiums beiwohnte.

Endlich wurden die in dieser zweiten Berathung festgestellten Punkte in einer dritten Conferenz, zu welcher ständische Abgeordnete zugezogen wurden, ebenfalls zu Meissen im J. 1572 zur Vorlage gebracht. Die Schlussredaction rührt von Hofrath Dr. Cracau her und in dieser Gestalt wurden dann die Constitutionen unter dem 21. April 1572 durch den Druck veröffentlicht, zugleich aber auch mittelst Rescripts vom 28. April 1572 den Dikasterien zu Leipzig und Wittenberg noch besonders handschriftlich zur Nachachtung zugefertigt.

Die vier Theile sind folgende:

pars I. prozessualischen Inhalts unter der Rubrik: Judicialia, besteht aus 32 Constitutionen;

pars II. de contractibus vel quasi, aus 53 Constitutionen;

pars III. de successionibus, ultimis voluntatibus et investitura feudali, aus 38 Constitutionen;

pars IV. unter der Rubrik: de delictis, aus 48 Constitutionen criminalrechtlichen Inhalts.

Ausserdem giebt es noch eine Mehrzahl anderer Constitutionen, die gleichfalls aus jener Berathung hervorgegangen sind, über deren gesetzliche Gültigkeit man

sich aber lange im Zweifel befunden hat. Neun davon, die sogenannten Constitutiones separatae oder „sonderliche Constitutionen" sind jedoch als förmliche Landesgesetze zu betrachten, nur wurden sie nicht mit den übrigen sofort allgemein durch den Druck verbreitet, vielmehr nur theils in beschränkten Kreisen in Separatabdrücken vertheilt, theils den Dikasterien zwar gleichfalls, aber mit der ausdrücklichen Weisung ihrer Geheimhaltung, zugefertigt. Entscheidend ist für ihre Geltung, dass, wie neuerdings auch noch archivarisch nachgewiesen worden, dieselben schon damals von den Landesherren in officieller Ausfertigung unterschriftlich vollzogen worden sind (v. Wächter, d. K. Sächs. u. d. Thür. Strafrecht, S. 84, not. 8.).

Die übrigen aber, nach älterer Zählung vier und dreissig, nach neuerer richtiger zwei und vierzig, die sogenannten Constitutiones ineditae, haben keine förmliche Gesetzeskraft zu beanspruchen; sie sind nur Entwurf geblieben, und nie promulgirt worden. Lediglich insoweit, als auch bei ihnen unter den Deputirten eine wirkliche Einigung erzielt worden war, kann man ihnen die Bedeutung von Sätzen beilegen, welche den damals in der Praxis herrschenden Rechtsansichten entsprachen, und als weitere Grundlage für die Fortentwickelung des Gerichtsbrauches gedient haben. Soweit dagegen nicht einmal eine Vereinbarung bei der Berathung zu ermöglichen war, haben sie gar keinen practischen, sondern nur noch einen wissenschaftlichen Werth. Ein Werk, das für die Interpretation der Constitutionen von grosser Wichtigkeit wurde, sind die sogenannten Consultationes constitutionum Saxonicarum in drei Bänden, in deren zwei ersten von einem Ungenannten ein Theil der Vorarbeiten zu den Constitutionen, bald nach dem Erscheinen der letzteren, freilich oft ohne kritische Sichtung und zum Theil fehlerhaft durch den Druck veröffentlicht worden ist.

Ausser den Constitutiones separatae und ineditae wurden darin auch die casus Teuberi, Thomingii und Wesenbeccii, sowie die Resultate der Leipziger Vorconferenz mitgetheilt. Der dritte Band enthält Fremdartiges, meist Privatarbeiten von Modestinus Pistoris. Eine spätere, aber ebenfalls nicht officielle Bearbeitung des in den sogenannten Consultationes zusammengestellten Quellenmaterials wurde im Anfange des 17. Jahrhunderts von Peter Friderus, von seinem Wohnorte genannt Mindanus, unternommen; sie ist in manchen Punkten zwar correcter, und für den practischen Gebrauch bequemer, verfährt aber in der Anordnung des Stoffes nicht selten zu eigenmächtig.

Commentare zu den Constitutionen erschienen bald nach einander mehrere. Zunächst, und zwar am Schlusse des 16. Jahrhunderts, der von Daniel Moller, sodann im 17. Jahrh. der umfänglichere von Matthias Berlich (unter dem Titel: conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum Saxonicarum 1615), und endlich der von Benedict Carpzov, jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, 1638 ff. oder definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas. Wichtig für die Geschichte und Kritik der Constitutionengesetzgebung ist besonders Schletter, die Constitutionen Kurfürst August's von 1572, Leipzig 1857.

Ein umfänglicheres Gesetz unter Kurfürst August ist noch das sogenannte Torgauer Ausschreiben vom 8. Mai 1583, welches die Erledigung einer Reihe ständischer Anträge auf dem Torgauer Landtage enthält und für das Privatrecht besonders in der Lehre von den Zinsen und vom Wucher wichtig war (s. unten §. 5 unter Nr. 3.).

§. 5. Dritte Periode. Entwickelung der Landesgesetzgebung bis zur Erhebung Sachsens zum Königreiche.

Die Landesgesetzgebung erhebt sich in dieser Periode mehr und mehr zu einer wichtigen Quelle für das Privat-

recht. Unterstützt wird sie von einer tüchtigen, wenn auch nicht immer gleich werthvollen Wissenschaft und Praxis. Unter den Vertretern beider nimmt für das 17. Jahrhundert

Benedict Carpzov unbestritten den ersten Rang ein. Im J. 1620 Assessor des unter Kurfürst August 1574 neu fundirten Schöppenstuhls in Leipzig, zu dessen Senior er bereits 1632 emporstieg, finden wir ihn später von 1645—53 zugleich als Ordinarius der dasigen Juristenfacultät. Er starb in Leipzig, nachdem er in der Zwischenzeit wiederholt höhere Staatsämter in Dresden bekleidet hatte, am 30. August 1666. Seine richterliche und wissenschaftliche Autorität beherrschte über ein halbes Jahrhundert hindurch nicht nur die Sächsische, sondern auch einen grossen Theil der gemeinen Deutschen Jurisprudenz.

Der zweite glänzende Name, zu Ende des 17. und Anfang des folgenden Jahrhunderts ist

Joh. Heinr. Berger. Nach kurzem Aufenthalte in Leipzig wurde er zu Ende des Jahrhunderts nach Wittenberg berufen, wo er später das Ordinariat der Juristenfacultät, sowie gleichzeitig das Amt eines Appellationsrathes zu Dresden bekleidete. Er starb 1732 als Reichshofrath in Wien. Sein Hauptwerk ist die Oeconomia juris ad usum hodiernum accommodati, zuerst 1712, dann in zahlreichen Ausgaben, die letzte achte von Haubold besorgt, 1801 erschienen.

Sein Zeitgenosse war

Christian Thomasius, Sohn eines Leipziger Professors, dessen entschiedene Verdienste um eine rationellere und systematische Behandlung der Rechtswissenschaft in Folge seines zum Theil rücksichtslosen Auftretens gegen Herkommen und fremde Autorität in Sachsen selbst damals nicht zur Anerkennung gelangen konnten, weshalb er 1690 nach Halle übersiedelte und durch seine Vorträge an der dortigen Ritterakademie mit eine Hauptveranlassung

zur Begründung der Hallischen Universität geworden ist. Er starb 1728.

Aus dem 18. Jahrhundert sind besonders

Augustin von Leyser und
Michael Heinrich Griebner, sowie
Carl Ferdinand Hommel

zu nennen.

Leyser, Ordinarius zu Wittenberg, behauptete durch seine Meditationes ad Pandectas in zwölf Bänden, welchen er zahlreiche Mittheilungen aus der damaligen Praxis einwebte, lange Zeit grossen Einfluss in foro.

Griebner, 1726 Ordinarius der Leipziger Juristenfacultät, erwarb sich besondere Verdienste um die vaterländische Gesetzgebung (Discurs zur Erläuterung der alten und verbesserten Prozessordnung, 2. Aufl., herausgegeben von Küstner, Leipzig 1780.). Er starb 1734.

Hommel endlich, gleichfalls hiesiger Ordinarius, starb 1788 als solcher und ist Verfasser der vielgenannten Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium und des sogenannten Flavius, einer Sammlung von Urthelsformeln.

Zu Anfang des 18. Jahrhunderts (1712; zu vgl. Gretschel, die Universität Leipzig, Dresden 1830) war endlich auch eine Professur für das vaterländische Recht zu Leipzig begründet worden. Bald darauf erschien das erste particularrechtliche Handbuch von Joh. Gottlieb Schaumburg, Einleitung zum Sächsischen Rechte 1728 ff., welchem später Aug. Friedr. Schott mit seinen noch immer werthvollen Institutiones juris Saxonici (1778) folgte, während gegen das Ende des Jahrhunderts Joh. Adam Gottlieb Kind, Mitglied des Landesappellationsgerichts zu Dresden, in seinen seiner Zeit epochemachenden Quaestiones forenses in vier Bänden für ein regelmässigeres Bekanntwerden der Praxis dieses höchsten Gerichtshofes unseres Landes Sorge zu tragen anfing.

Von den wichtigsten Gesetzen der betreffenden Periode gehören folgende hierher:

1) Die ältere und die erläuterte Prozessordnung vom 28. Juli 1622 und vom 10. Januar 1724; beide sind für uns besonders in der Lehre vom Pfandrechte von Bedeutung.

2) Die beiden Decisionengesetzgebungen: Decisiones electorales Saxonicae vom 22. Juni 1661 und vom 2. Juli 1746. Beide verfolgten im Ganzen denselben Zweck, wie die Constitutionen, d. h. sie stellten sich die Entscheidung einzelner Controversen zur Aufgabe.

Die älteren Decisionen wurden wie jene in Folge ständischer Beschwerden über Ungleichheit im Rechtsprechen in Angriff genommen. Hauptsächlich handelte es sich hier um die abweichenden Ansichten der Leipziger Juristenfacultät unter dem Ordinarius Finckelthaus, und des Leipziger Schöppenstuhls, welcher auf Carpzovs Autorität fusste. Die von den verschiedenen Dikasterien erstatteten Berichte wurden von einer 1660 in Dresden niedergesetzten gemischten Commission durchberathen und das Resultat nach nochmaligem Gehöre der Provinzialstände und der Dikasterien in 91 Decisiones publicirt. Die Meinung Carpzovs dominirte fast durchgängig, wenn auch nicht immer durch ihre tiefe wissenschaftliche Begründung. Ohne die Eintheilung in vier partes beizubehalten, schliessen sie sich doch sonst in der Anordnung des Stoffes den Constitutionen im Wesentlichen an, stehen denselben aber an innerem Werthe keineswegs gleich.

Ein Commentar von Joh. Philippi (observatt. jur. practicae ex deciss. ao. 1661 collectae. Lips. 1670. Ed. 2. Lips. 1694) beschränkte sich grösstentheils auf Wiedergabe des von Carpzov gelieferten Materials.

Werthvoller sind die neueren Decisionen vom 2. Juli 1746, im Ganzen vierzig. Der Stoff zu ihnen wurde besonders durch Bedenken und zweifelhafte Rechts-

fragen geliefert, die man bei der Vorbereitung der erläuterten Prozessordnung aufgesammelt hatte. Wie bei der letzteren Arbeit selbst, so waren auch bei der Decisionengesetzgebung Berger und Griebner nach einander vorwiegend thätig.

Eine quellenmässige Geschichte beider Decisionsgesetzgebungen giebt Gottschalk in seinen analecta juris Saxonici, Cap. II. und III., und einen auch jetzt noch brauchbaren Commentar zu den neueren Decisionen besitzen wir von Heinr. Gottfried Bauer, (2 Bände, 1781, 1. Aufl.).

3) Erledigung der Landesgebrechen, resolutiones gravaminum, d. h. Erlasse auf Grund ständischer Beschwerden (Landtagsabschiede.). Ein ähnliches aber schon der vorigen Periode angehöriges Gesetz war das sogenannte Torgauer Ausschreiben vom 8. Mai 1583. Die hier fraglichen sind sehr zahlreich aus den Jahren 1603, 1612, 1661, 1763, 1766 u. s. f. Am wichtigsten sind die vom 22. Juni 1661, welche unter der Rubrik Justitiensachen auch für das Privatrecht manches Brauchbare enthalten.

4) Die beiden Banqueroutiermandate vom 7. Jan. 1724 und vom 20. Decbr. 1766; das letztere unter dem Titel „geschärftes Banqueroutiermandat". Es ist zum grossen Theile eine wörtliche Wiederholung des ersteren, wenn auch mit mannichfachen Zusätzen und Erweiterungen. Endlich

5) die allgemeine Vormundschaftsordnung vom 10. Oct. 1782, ein vortreffliches Werk, welches als erstes Beispiel eines systematischen, wenn auch Specialgesetzes, einen Wendepunkt in unserer Legislation bezeichnet, sich während der Zeit seines fast 80jährigen Bestehens zur Genüge bewährt hat, und in seinen reglementären Bestimmungen auch jetzt noch neben dem bürgerlichen Gesetzbuche Gültigkeit beansprucht.

§ 6. Vierte Periode. Sachsen als Königreich bis zur Ertheilung der Verfassungsurkunde, 1806 bis 1831.

Der hier zusammengefasste Zeitabschnitt hat nur die Bedeutung eines Uebergangsstadiums in rechtsgeschichtlicher Hinsicht. Denn unter dem Drucke der gestörten politischen Verhältnisse war während des grösseren Theiles dieser Periode an eine gedeihliche Entwickelung des Privatrechtes nicht zu denken. Selbst der durch den Posener Frieden von 1806, in Verbindung mit dem Tilsiter und Wiener Frieden von 1807 und 1809, dem neuen Königreiche vorübergehend zugeführte Länderzuwachs wirkte mehr störend als fördernd, und die spätere Landestheilung vom 18. Mai 1815 nahm die organisirenden Kräfte des Staates auf Jahre hinaus fast ausschliesslich für das Verwaltungsgebiet in Anspruch. Zwar bestand bereits seit 1791 eine stehende Gesetzgebungscommission zu Dresden, sie ist aber 1819 wieder aufgelöst worden, ohne besondere Resultate geliefert zu haben.

Einzelne, zum Theil bedeutsame Aenderungen wurden sodann durch das nach der Schlacht bei Leipzig eingesetzte Russische Gouvernement bis zum 8. Nov. 1814 (zurückgetreten am 10. Novbr. 1814) und das später an dessen Stelle getretene Preussische Gouvernement bis zum 5. Juni 1815 getroffen. Ihre meist in Patentform erlassenen Verfügungen behandelten Sachsen als occupirtes Land. Besonders zu erwähnen sind hier

das wichtige Patent vom 12. resp. 24. Mai 1814, das die statutarischen und auf Herkommen beruhenden Erbrechte, darunter die Institute der Gerade und des Heergeräthes schlechthin aufhob; ferner

das Patent vom 10. (22.) April 1814, die Gleichstellung der Griechisch-katholischen Christen etc. betreffend.

Diese Patente sind nach der Rückkehr des Königs provisorisch bis auf weitere landesherrliche Entschliessung, welche in dem Patente vom 7. Juli 1815 in Aussicht ge-

stellt wurde, gültig geblieben, mehrere von ihnen später auch ausdrücklich bestätigt worden.

Erst gegen Ende der Periode nimmt die Gesetzgebung für das eigentliche Civilrecht einen rascheren Aufschwung in einer Reihe sehr wohlthätiger Gesetze; einestheils gestaltete sie durch das sogenannte Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 unser Intestaterbrecht in rationeller Weise völlig um, anderntheils wurde durch das Hutungsmandat vom 4. October 1828, ferner durch das Frohnmandat vom 13. August 1830, und die beiden Mandate vom 4. Juni 1829 die Regulirung unserer bäuerlichen Gutsverhältnisse und die Umschaffung unseres Immobiliarsachenrechts wirksam vorbereitet.

§. 7. Fünfte Periode. Das Königreich Sachsen seit der Verfassungsurkunde.

In der Planmässigkeit und einheitlichen Entwickelung der gesetzgeberischen Thätigkeit beruht der Hauptvorzug dieser Periode. Wir sehen in ihr die Gesetzgebung den am Schlusse der vorigen Periode bereits eingeschlagenen Weg stetig verfolgen; die Entlastung des bäuerlichen Grundeigenthums und die zur Hebung des Realcredits nöthige Reform unseres Grund- und Hypothekenwesens ist die Aufgabe, an deren Lösung in schrittweiser, consequenter Fortbildung gearbeitet wird. Das mustergültige Gesetz vom 17. März 1832 über Ablösung und Gemeinheitstheilungen, ferner das Gesetz über die Zusammenlegung der Grundstücke vom 14. Juni 1834, sowie das Gesetz über die Theilbarkeit des Grundeigenthums vom 30. November 1843 sind die Vorläufer und Begleiter unserer vortrefflichen Hypothekengesetzgebung vom 2. und 6. November 1843. Hand in Hand damit gehen die Regulirungen der Rechtsverhältnisse der Gemeinden in der Städteordnung vom 2. Februar 1832 und der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838, sowie die mit

unserem Hypothekenwesen eng zusammenhängende Umgestaltung unseres Grundsteuersystemes. Die späteren Ablösungsgesetzgebungen vom 21. Juli 1846 und vom 15. Mai 1851, welche sich dem Prinzipe der einseitigen Provocation auf Ablösung mehr und mehr zuwandten, vollendeten nach dieser Seite hin das Begonnene.

Nebenher liefen mehrere Gesetze noch unter dem stehenden Titel: „Entscheidungen einiger zweifelhafter Rechtsfragen“, die in Gemeinschaft mit einem gleichartigen Gesetze der vorhergegangenen Periode vom 30. März 1822 ihrer verwandten Tendenz halber auch unter dem Namen der „neuesten Decisionen“ begriffen zu werden pflegen (vom 26. October 1834: neun Decisionen, vom 19. Februar 1838: drei Decisionen, und vom 3. November 1840: vier Decisionen). Sie sind aber verhältnissmässig von untergeordneter Bedeutung und zum grossen Theile nur poressualen Inhaltes.

Wenn wir mehrere andere zeitgemässe Neuerungen, wie die Beseitigung der Geschlechtsvormundschaft und der lex Anastasiana vom 8. und 9. Januar 1838, ferner die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, das Gewerbegesetz vom 15. October 1861 mit seinen zahlreichen in das Privatrecht einschlagenden Bestimmungen, endlich die auf dem Gebiete des Wechsel- und Handelsrechtes durch Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung und des Handelsgesetzbuchs erreichten Ergebnisse hinzunehmen, so wird man dieser laufenden Periode das Anerkenntniss: Bedeutendes geleistet zu haben, nicht versagen können.

In litterärgeschichtlicher Hinsicht ist zum Theile aus der vorigen Periode noch nachzuholen, dass zur Heranbildung unseres Particularrechts zu einer selbständigen Disciplin wesentlich die bereits im Jahre 1820 von Christ. Gottlieb Haubold veranstaltete Herausgabe seines Lehrbuches des königlich Sächsischen Privatrechts beitrug; die

2. und 3. Ausgabe dieses Werkes von Günther und Hänsel besorgt, fällt zum Theile in unsere Periode. Einen umfassenderen Plan verfolgte das bereits 1797 begonnene Handbuch des in Sachsen geltenden Civilrechts von Carl Friedrich Curtius in vier Theilen, fortgesetzt von Richter und Hänsel, insofern es sich die gleichzeitige systematische Verarbeitung des gemeinen und particularen Privatrechts Sachsens zur Aufgabe machte. Die ersten beiden Bände in vierter Auflage von Hänsel, die beiden letzten in dritter Auflage von Schwarze besorgt, sind jetzt allein noch brauchbar. Auch hat Hänsel zu Band ein und zwei noch besondere Bemerkungen als „Exkurse“ in drei Bänden herausgegeben. Daneben wurde in der Weise von Kind (s. o. § 5) durch Carl Aug. Gottschalk in seinen „selecta disceptationum forensium“ drei Bände (zweite Ausgabe von 1826, 1828 und 1830), ingleichen v. Langenn und Kori in den „Erörterungen practischer Rechtsfragen“, gleichfalls drei Bände, durch Besprechung einzelner Rechtsmaterien in Abhandlungsform und damit verbundener Publicirung der Entscheidungen des Landesappellationsgerichts, als des damaligen höchsten Gerichtshofes, die wissenschaftliche Fortbildung unseres Landesrechts wesentlich gefördert. In noch grösserer Vollständigkeit wurden seitdem durch die 1835 begründete „Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung“ und das seit 1841 erscheinende „Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle“ die Mittheilung bemerkenswerther Entscheidungen aus der Praxis aller Instanzen vermittelt, während die seit 1860 herausgegebenen „Annalen des königlichen Oberappellationsgerichts“ ein ausschliessliches Organ für diesen höchsten Gerichtshof bilden.

§. 8. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

I. Geschichte desselben.

Der schon unter der kurzen Regierung des Kurfürsten Friedrich Christian 1763 vorübergehend aufgetauchte Gedanke einer Codificirung des Privatrechts für Sachsen ist erst in der laufenden Periode und nachdem Sachsen in die Reihe der Verfassungsstaaten eingetreten war, ernstlich festgehalten und verfolgt worden. Ein vom 3. October 1834 datirendes königliches Decret kündigte den damals versammelten Kammern den Entschluss der Regierung an, den früher schon wiederholt hierauf gerichteten ständischen Anträgen zu entsprechen; zu vergleichen Guil. Ferd. Steinackeri de novo codice caute adornanto, orationes academicae tres Lipsiae 1838, gehalten 1834, 1837 und 1838. Von dem mit den ersten Vorarbeiten hierzu beauftragten Dr. Carl Einert ging das Commissoriale zur Entwerfung eines Civilgesetzbuches im Jahre 1846 auf Geheimrath Dr. Held über, welcher bis zum Schlusse des Jahres 1852 den später durch den Druck veröffentlichten Entwurf beendete. Theils die ungünstigte Beurtheilung, welche der letztere von mehreren Seiten erfuhr (zu vergleichen namentlich die Kritik von Wächter, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge Band XII Seite 1 ff.; auch separat erschienen), theils aber auch die von den Thüringischen Staaten und der Regierung von Anhalt Dessau erklärte Bereitwilligkeit, zu einer gemeinsamen Civilgesetzgebung mitwirken zu wollen, veranlassten die Regierung, die den ständischen Zwischendeputationen bereits gemachte Vorlage im Mai 1854 wieder zurückzuziehen. Von einer im Jahre 1856 unter dem Vorsitze des Wirklichen Geheimrathes Dr. v. Langenn niedergesetzten gemischten Commission, zu welcher nicht bloss die Abgeordneten der vorgenannten Staaten, sondern

auch die Referenten der Zwischendeputationen von König und von Criegern, hinzukamen, wurde mit der Revision des Heldschen Entwurfes begonnen. Im Anfange behielt Held selbst das Referat bei, nach seinem im Jahre 1857 erfolgten Tode wurde dasselbe dem damaligen Geheimen Justizrathe Dr. Siebenhaar übertragen. An die Stelle der anfänglich beabsichtigten Revision trat nunmehr eine völlige Umarbeitung des früheren Entwurfes, welcher über vier Jahre in Anspruch nahm. Mittelst Decretes vom 30. November 1860 wurde die aus diesen anderweiten Commissionsberathungen hervorgegangene Arbeit mit den sogenannten „allgemeinen Motiven" den damals versammelten Ständen vorgelegt, nachdem sie bereits mehrere Monate vorher gleichfalls durch die Presse der Oeffentlichkeit übergeben worden war. Die speciellen Motive nebst dem Entwurfe zu einer Publicationsverordnung folgten mittelst Decrets vom 29. Januar 1861 im Anfange des Monats Februar desselben Jahres nach.

Noch während der ständischen Berathung erschienen eine Reihe von Kritiken auswärtiger Rechtsgelehrter, nämlich vom Oberappellationsrathe Danz in Jena und den Professoren Dr. Unger und Dr. Arndts zu Wien. Die von Danz und Unger als besondere Monographien (die von Danz unter dem Titel: Die Wirkungen der Codificationsform auf das materielle Recht; die von Unger unter dem Titel: Der revidirte Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen kritisch besprochen), die letztere bei Gelegenheit der litterärischen Anzeigen der Ungerschen Schrift in der Oesterreichischen Gerichtszeitung von 1860. Sie erkannten insgesammt den wesentlichen Vorzug des revidirten Entwurfs vor dem Heldschen an, erklärten sich aber dennoch im Ganzen gegen die Räthlichkeit seiner Sanctionirung, Danz aus allgemeinen gegen das Princip der Codificirung gerichteten Gründen, Unger aber und der ihm im Wesentlichen folgende Arndts

wegen einer Mehrzahl specieller sachlicher Bedenken. Die vom Oberappellationsrathe Dr. Poeschmann veröffentlichte Vertheidigung des Entwurfs (theils separat erschienen, theils als Extraheft zu den Annalen des Oberappellationsgerichts Band III unter dem Titel: „Die Gegner des revidirten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen“) rief seiten Ungers und Arndts Entgegnungen hervor, denen wieder eine Duplik Poeschmanns folgte. Die Kammern nahmen gleichwohl den Entwurf mit einer Anzahl von ihren Deputationen vorgeschlagener, und von der Regierung genehmigter Abänderungen, welche einen Theil der Ungerschen Bedenken zugleich mit erledigten, en bloc an, ermächtigten aber die Regierung zu einer Schlussredaction, in Folge deren sich die 2653 Paragraphen des revidirten Entwurfs auf 2620 reducirten.

Hierauf erfolgte die Promulgation des Gesetzbuches nebst der Publicationsverordnung im ersten Stücke des Gesetzblattes von 1863 unter Festsetzung eines tempus vacationis von mindestens einem Jahre, dessen Schlusspunkt das Justizministerium zu bestimmen haben sollte. Im Hinblicke auf die gleichfalls in Aussicht stehende Civilprozessordnung für Sachsen glaubte aber die Staatsregierung von diesem ihren Befugnisse bis zum Wiederzusammentritte der Kammern keinen Gebrauch machen zu sollen. Auf wiederholte Anregung seitens der nächsten Ständeversammlung jedoch wurde, unerwartet der neuen Prozessgesetzgebung der Termin für das Inkrafttreten des Gesetzbuches durch „Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen betreffend, vom 9. Jan. 1865“ auf den 1. März desselben Jahres festgesetzt. Die Verordnung vom 2. Januar 1863 wird künftig als P. V. O. (Publicationsverordnung), die Verordnung vom 9. Januar 1865 als A. V. O. (Ausführungsverordnung) citirt werden.

II. Umfang und äussere Einrichtung des Gesetzbuchs.

Seinem Plane nach umfasst das Gesetzbuch nur das allgemeine bürgerliche Recht im Gegensatze zu den auf gewisse Classen von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen bezüglichen singulären Rechtsnormen. Dem entsprechend werden in §. 3 der P. V. O. als auch künftig neben dem Gesetzbuche in Kraft bestehend ausgeschieden:

1. Alle in Verwaltungsgesetzen zugleich mit enthaltenen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.
2. Die in den Ablösungsgesetzen getroffenen Bestimmungen.
3. Die auf die Bannrechte, Erbpachts- und Erbzinsgüter bezüglichen Vorschriften.
4. Die das Jagdrecht, die Fischerei und das Wasserrecht angehenden Bestimmungen.
5. Das Handels- und Wechselrecht, sowie die auf das Eigenthum an litterärischen und künstlerischen Erzeugnissen sich beziehenden Vorschriften.
6. Das Lehnrecht.
7. Die Berggesetzgebung.
8. Das Concursrecht.

Den hiernach für das Gesetzbuch verbleibenden Stoff behandelt dasselbe in fünf Haupttheilen, deren ersterer wieder in sechs Unterabtheilungen die allgemeinen Lehren abhandelt, die vier übrigen aber das Sachenrecht, das Recht der Forderungen, das Familien- und Vormundschaftsrecht, sowie endlich das Erbschaftsrecht umfassen.

Soviel übrigens die oben unter 1—8 erwähnten vorbehaltenen Gesetze anlangt, so enthält das Gesetzbuch dennoch bisweilen einzelne derogirende Bestimmungen. So in Bezug auf das Wasserrecht in den §§. 281—283 und 354—356, und diese sind deshalb auch an der be-

treffenden Stelle der P. V. O. als über dem einschlagenden zeitherigen Rechte stehend ausdrücklich bezeichnet worden. Aber auch wo sich eine derartige Verweisung nicht findet, ist die vorbehaltene Fortgeltung der älteren Gesetzesvorschriften immer nur mit der selbstverständlichen Beschränkung zu verstehen, dass solche nur insoweit angenommen werden könne, als nicht das Gesetzbuch die betreffenden Lehren dennoch (wie dies z. B. beim Concursrechte in den §§. 766 und 1509—1518 geschieht) gelegentlich berührt. Nach dem Plane unserer Vorlesung wird sich dieselbe übrigens zum Theile auf die oben unter 1—4 ausgeschlossenen Gegenstände, namentlich also auch auf die neuerdings in Bezug auf die Fischerei, das Jagdrecht und das Bergrecht erschienenen Gesetze mit zu erstrecken haben, während die unter 5—8 gedachten Stoffe den Specialvorlesungen zu überlassen sind und nur hier und da vergleichende Berücksichtigung finden können.

Das Gesetzbuch hat sowohl im Grund- und Hypothekenrechte (Theil II), als auch in dem Vormundschafts- (Theil IV) und beziehentlich Erbschaftsrechte (Theil V) mit Recht die Trennung der eigentlichen materiellen Rechtssätze von den reglementären und das Verfahren angehenden Bestimmungen, welche bisher in unserem Hypothekengesetze von 1843 und der Vormundschaftsordnung u. s. f. vereinigt waren, sich angelegen sein lassen, und nur die ersteren aufgenommen. Die letzteren waren dem ursprünglichen Plane zufolge in einem besonderen Gesetze, der gleichzeitig mit der Civilprocessordnung vorbereiteten sogenannten Gerichtsordnung, zusammengestellt worden, welche überhaupt das Verfahren in den der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörenden Rechtssachen zu reguliren haben sollte. Der Entwurf hierzu wurde auch bei der damaligen Ständeversammlung gemeinschaftlich mit dem jener neuen bürgerlichen Processordnung zur Vorlage gebracht; da aber beide Entwürfe nicht zur Verabschie-

dung gelangten, vielmehr zuvörderst einer Zwischendeputation überwiesen wurden, so ertheilten die Stände, um deshalb die Einführung des Gesetzbuches nicht zu verzögern, der Regierung die Ermächtigung, aus dem Entwurfe zur Gerichtsordnung diejenigen Bestimmungen, welche zur Ausführung des Gesetzbuches unentbehrlich seien, auszuheben und vorbehältlich künftiger Genehmigung seitens der Kammern provisorisch mit dem Gesetzbuche in Kraft treten zu lassen. Dies ist geschehen und zugleich mit der Ein- und Ausführungverordnung vom 9. Januar 1865 unter demselben Datum eine Verordnung „das Verfahren in nicht streitigen Rechtssachen betreffend“ zur Publikation gelangt. Der bisher mit Rücksicht auf die noch fehlende ständische Genehmigung für dieselbe übliche Titel „Provisorische Gerichtsordnung“ hat sich seit der Verordnung vom 3. August 1868, in welcher die Genehmigung der Kammern constatirt wird, für uns in den einfacheren Namen „Gerichtsordnung“ verwandelt.

III. Litterärische Hülfsmittel.

Commentirende Bearbeitungen hat das bürgerliche Gesetzbuch bis jetzt von zwei Seiten erfahren, einmal von Dr. Siebenhaar selbst unter Hinzuziehung der Oberappellationsräthe Siegmann und Poeschmann „Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ in drei Bänden. Dem dritten Bande ist auch die Einführungsverordnung und die provisorische Gerichtsordnung beigefügt; sodann die zweite von

Dr. Sintenis „Anleitung zum Studium des bürgerlichen Gesetzbuches“ in einem Bande.

Weiter ist zur Ein- und Ausführungsverordnung sowie zur provisorischen Gerichtsordnung eine Separatausgabe mit erläuternden Bemerkungen vom Appellationsrathe Dr. Wenck besorgt worden.

Neuerdings sind auch „die gemeinrechtlichen Quellen zum bürgerlichen Gesetzbuche zusammengestellt von Dr. Beckhaus, Leipzig 1866 als Anhang zu den Handausgaben des bürgerlichen Gesetzbuches“ erschienen.

Endlich sind die Annalen des Oberappellationsgerichtes seit dem Inkrafttreten des Gesetzbuches vom Abschlusse des achten Bandes an als „Neue Folge“ im Jahre 1866 speciell mit der Tendenz eröffnet worden, der Auslegung des Gesetzbuches zu dienen.

I. Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

1. Abtheilung.

Von den bürgerlichen Gesetzen.

§. 9. Begriff, Form und Bekanntmachung der allgemeinen Landesgesetze.

Haubold, Lehrbuch, §§. 28—30.

I. Begriff. Von den verschiedenen für das objective Privatrecht möglichen Entstehungsgründen, wie sie unser zeitheriges Landesrecht in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doctrin kannte, lässt das Gesetzbuch künftig und vorbehältlich der weiter unten zu berührenden Bestimmung im §. 29 des bürgerlichen Gesetzbuches nur noch das Gesetz gelten. (Gesetzbuch §. 1 verb. mit §. 28.)

Unter Landesgesetz hat man die von dem Könige durch ausdrückliche Sanction und Publication zu einer allgemein verbindenden Norm erhobene Rechtssatzung zu denken. In wieweit der König bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt an die Mitwirkung der Stände gebunden ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts. (Verfassungsurkunde §§. 85 ff. verb. mit Gesetz über das Recht der Kammern zu Gesetzesvorschlägen vom 31. März 1849.)

Seit der laut der Verordnung vom 25. Juni 1867 am 1. Juli d. J. in Kraft getretenen Verfassung des Norddeutschen Bundes haben wir in Gemässheit der artt. 2—5 innerhalb der dort näher angegebenen Competenzgrenzen eine neue, der Landesgesetzgebung unter Umständen derogirende Privatrechtsquelle in der Bundesgesetzgebung erhalten.

II. Form der Gesetze. Bis zur Ertheilung der Verfassung traten die Gesetze bei uns unter sehr mannigfaltiger Form und Benennung auf. Im Wesentlichen kann man für diese Zeit zwei Hauptformen unterscheiden, je nachdem sie nämlich in der Gestalt eines unmittelbaren vom Landesherrn ausgehenden und von demselben eigenhändig vollzogenen, an die Gesammtheit gerichteten Erlasses erschienen, oder in der Form einer Verfügung eingekleidet waren, in der das betreffende obere Regierungsorgan den gesetzgeberischen Willen des Landesherrn in dessen Namen oder doch an dessen Statt den übrigen Behörden des Landes zur Nachachtung eröffnete. Erstere führen am häufigsten die Namen Mandate, Ordnungen, Ausschreiben etc., wenn nicht ihr besonderer Gegenstand eine andere Titelbezeichnung mit sich brachte (Vgl. oben §§. 4 ff.); letztere hiessen bald Generalien, bald Rescripte, bald Befehle, und sind von dem Vorstande der Behörde, welche sie erliess, unterzeichnet.

Seit der Verfassung ist der Name Gesetz der allgemein technische geworden, und nur für umfänglichere Verwaltungs- und Processgesetze hat sich die Bezeichnung Ordnung erhalten (z. B. Städteordnung, Strafprozessordnung, provisorische Gerichtsordnung), während grössere organische Landesgesetze materiellrechtlichen Inhaltes schon früher Gesetzbuch genannt wurden (z. B. Strafgesetzbuch, Handelsgesetzbuch). In dem Gesetze spricht der König in erster Person, er vollzieht dasselbe eigenhändig, unter Beidrückung seines Insiegels und Contrasignatur des Ministers.

III. Die **Bekanntmachung** der Gesetze, die früher durch Zufertigung an die Behörden (sogar nach Befinden mit dem Befehle der Geheimhaltung), öffentlichen Anschlag resp. Vorlesung in den Gemeindeversammlungen*) erfolgte (Generale vom 13. Juli 1796) ist durch das Gesetz vom 6. September 1834 ausschliesslich an die seit dem März 1818 unter wechselnder Titelbezeichnung bestehende officielle Gesetzsammlung (jetzt Gesetz- und Verordnungsblatt betitelt) geknüpft.

Die Einwirkung des Gesetzes in dieses je nach Bedürfniss in einzelnen Stücken erscheinende Blatt vertritt dergestalt die Stelle aller übrigen bis dahin üblichen Publicationsarten, dass mit Ablauf einer von der Versendung des betreffenden Stückes an zu berechnenden 14tägigen Frist, also mit Anfang des 15. Tages das Gesetz als im ganzen Lande für publicirt erachtet wird. Um aber für die Berechnung dieser Frist einen gleichmässigen Anfangspunct zu gewinnen, entscheidet nicht der Tag der wirklichen Ausgabe des einzelnen Stückes an die betreffenden Behörden oder Privatpersonen, sondern der Tag der sogenannten „letzten Absendung“, ein künstlich geschaffener und durch Aufdruckung auf der letzten Seite eines jeden Stückes allgemein kundbar gemachter Termin, von welchem ab, und zwar exclusive desselben, die obige Frist durch das ganze Land läuft. (Uebrigens noch zu vergl. §. 15 des Gesetzes vom 6. September 1834.)

Die bis 1818 erschienenen Sammlungen der Gesetze haben keinen offiziellen Charakter, sondern nur litterärische Bedeutung gehabt. Unter ihnen genoss der **Codex**

---

*) Das Vorlesen der Gesetze von der Kanzel war in mehreren älteren Gesetzen (z. B. der Dorffeuerordnung vom 18. Februar 1775, eingeschärft durch Generale vom 21. Juli 1804, siehe daselbst § 2) und zwar alljährlich, vorgeschrieben. Dies wird abgestellt durch Gesetz vom 2. Januar 1835: Die Abstellung des Vorlesens der Gesetze von den Kanzeln betreffend.

Augusteus das meiste Ansehen. Er wurde 1724 von Lünig in Leipzig begonnen und erschien in zwei Bänden, die wiederum in zwei Theile zerfielen; die das bürgerliche Recht angehenden Gesetze finden sich, je nachdem sie allgemeinen oder speciellen Inhalts sind, bald in dem ersten bald in dem zweiten Theile des ersten Bandes. Nach und nach sind drei Fortsetzungen des Werkes erschienen:

die erste umfasst die Gesetze von 1724—72,

die zweite die bis 1800,

die dritte die bis 1818, C. (Codex), A. (Augusteus), C. (continuatio), I., II., III.

Jedoch fallen bei dieser dritten Fortsetzung die sog. Gouvernementspatente (vergl. oben §. 6) aus, für welche es seiner Zeit bereits eine officielle Sammlung, das sog. Gouvernementsblatt gab. Für den Handgebrauch besonders zu empfehlen ist der sog. Codex Saxonicus, herausgegeben von Dr. Schaffrath in drei Bänden, die noch gültigen Gesetze bis 1843 umfassend.

§. 10. Wirksamkeit des Gesetzes in seiner zeitlichen Beschränkung.

I. Der Zeitpunct des Wirksamwerdens des Gesetzes fällt an sich, und von der etwaigen besonderen Festsetzung eines sogenannten tempus vacationis abgesehen, mit dem Zeitpuncte seines Publicirtseins zusammen, also spätestens auf den Beginn des ersten Tages nach Ablauf der im §. 9 gedachten 14tägigen Frist.

Dabei lässt sich jedoch dieser Frist die Eigenschaft einer im Voraus für alle Fälle nachgelassenen Vacationsfrist nicht beilegen, und zwar deshalb nicht, weil in § 4 des Gesetzes vom 6. September 1834 ausdrücklich Jedem, den es angeht, schon von dem Augenblicke an, wo er von dem im Gesetzblatte aufgenommenen Erlasse erweislich Kenntniss erhalten, die behufige Nachachtung zur Pflicht gemacht wird. Das Gesetz statuirt somit neben der mit

Ablauf jener Frist beginnenden Fiction des Publicirtseins auch noch fernerhin rücksichtlich der einzelnen Individuen die Möglichkeit des Nachweises, dass ihnen das Gesetz seinem Inhalte nach früher auf natürlichem Wege bekannt geworden sei, demgemäss aber auch die Möglichkeit eines früheren Eintrittes der Rechtsverbindlichkeit des Gesetzes für solche Personen, so dass den an den Ablauf jener Frist geknüpften Rechtsfolgen an sich nur die Bedeutung einer Beseitigung der Beweisfrage in Ansehung der wirklich erlangten Kenntniss zukommt.

Anderer Meinung ist Siebenhaar (Comm. Bd. I S. 24 zu §. 1); zu vergl. Landtagsacten von 1833 Abth. I. Bd. I. S. 184.

II. Die nach Eintritt der Wirksamkeit eines Gesetzes neu entstehenden Rechtsverhältnisse fallen von selbst unter dasselbe; die früher begründeten kann zwar der Gesetzgeber der neuen Rechtssatzung unterwerfen, im Zweifel ist jedoch solches als nicht von ihm beabsichtigt vorauszusetzen. Es entscheidet also namentlich in der Regel nicht der Zeitpunkt, wo die der Vergangenheit angehörige Rechtssache zur richterlichen Cognition gedeiht, sondern der Zeitpunkt ihres Eingetretenseins selbst.

Der diesen Satz ausdrückende §. 2 des Gesetzbuchs findet sich in seiner Anwendung auf das Gesetzbuch selbst in §§. 6 ff. der P.V.O. für die Mehrzahl der hierbei in Frage kommenden Verhältnisse speciell ausgeführt und die dort aufgestellten, sehr detaillirten Bestimmungen, werden zugleich als Illustration des §. 2 des bürgerlichen Gesetzbuches für die Zukunft gelten können.

Die dort aufgestellten Hauptgrundsätze sind folgende:

1. Aenderungen des Rechtes in Bezug auf die Handlungsfähigkeit einer Person leiden auf alle bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits lebenden Personen für die Zukunft sofort Anwendung, gleichviel ob dadurch im Vergleiche zu dem früheren Rechte ihre Handlungs-

fähigkeit erweitert oder beschränkt wird; jedoch sind die von ihnen unter der Herrschaft des früheren Rechtes bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in Gemässheit des ad 2 zu Bemerkenden natürlich betreffs ihrer Gültigkeit nach zeitherigem Rechte zu beurtheilen. (§§. 6, 23, 24 der P.V.O.)

2. Die auf die Begründung oder den Untergang von Rechten einflussreichen Thatsachen werden hinsichtlich ihrer Wirkungen nach dem zur Zeit ihres Eintrittes geltenden Rechte im Zweifel beurtheilt. So wenn es sich um die Form und die Wirkung eines Rechtsgeschäftes handelt, (§§. 6, 7, 23, 24 der P.V.O.), oder um die Folgen unerlaubter Handlungen (ibid. §§. 18 ff.) oder um eine bei Erscheinen — Inkrafttreten — des neuen Gesetzes bereits abgelaufene Verjährung und Ersitzung (P.V.O. §. 8), oder um neu eingeführte Erlöschungsgründe, oder jetzt abolirte Nichtigkeits- resp. Anfechtungsgründe bei Forderungen (P.V.O. §§. 19, 20.)

3. Soviel dagegen den Inhalt der unter der Herrschaft des früheren Rechts bereits begründeten Rechtsverhältnisse betrifft, so ist zwischen den einzelnen Arten der letzteren insofern zu unterscheiden, als

a. der Inhalt einmal begründeter Forderungsrechte in der Regel und vorbehältlich des wegen der neu eingeführten Erlöschungsgründe (sub 2) Gesagten sich ganz nach dem damaligen Rechte richten soll (P.V.O. § 18.). Nur die durch den ausserehelichen Beischlaf begründete Alimentationspflicht des Schwängerers macht hierbei eine Ausnahme (P V.O. §. 21.). Dagegen ist

b., für den Inhalt von Sachenrechten und Familienrechten insbesondere auch für das durch die Ehe begründete Güterrecht das jetzt geltende Recht auch dann massgebend, wenn das Sachenrecht aus der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzbuchs stammt, die Ehe früher abgeschlossen wurde u. s. f. (P.V.O. §§. 7 u. 25), und zwar gilt dies von den über Scheidung von Ehen gegebenen

Vorschriften dergestalt, dass selbst beim Erscheinen des Gesetzbuchs oder früher eingetretene Scheidungsgründe nunmehr nicht weiter geltend gemacht werden können, dafern sie sich im Gesetzbuche nicht anerkannt finden sollten (§. 27 der P.V.O.).

4. Rücksichtlich des Erbrechtes, und zwar sowohl des gesetzlichen als des auf einer letztwilligen Verfügung beruhenden, soll es darauf ankommen, ob der Erblasser vor oder nach dem Inkrafttreten des Getetzbuchs verstorben ist. (§§. 22—24 der P.V.O.); selbstverständlich jedoch mit der schon aus dem oben sub 2 Gesagten sich ergebenden Modification, dass die Form des Testamentes, Erbvertrages u. s. w., sowie die Fähigkeit des Erblassers zu dessen Errichtung nach dem zur Zeit der Errichtung geltenden Rechte zu beurtheilen ist.

5. Endlich wird die besonders streitige Frage über das Verhältniss einer zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzbuches noch nicht abgelaufenen Verjährung oder Ersitzung zu den Grundsätzen des neueren Rechtes, welches deren Requisite vielleicht mindert oder mehrt in einer ganzen Reihe von Artikeln (§§. 10—17 der P.V.O.) sehr detaillirt regulirt.

III. Umgekehrt ist bei denjenigen Gesetzen, die ein früheres Gesetz nur authentisch interpretiren im Zweifelsfalle von der Annahme auszugehen, dass sie der Gesetzgeber auf facta praeterita mit habe bezogen wissen wollen (Gesetzbuch §. 3.). Diese ihre Rückanwendung wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, dass die im einzelnen Falle fraglichen Rechtsverhältnisse bereits rechtshängig geworden und der Rechtsstreit wohl gar schon zur rechtlichen Entscheidung gediehen ist, vorausgesetzt nur, dass nicht bereits res judicata vorliegt.

Der Zweck des Gesetzes, welcher nur auf Herstellung eines jus certum, nicht auf Begründung eines jus novum gerichtet ist, eröffnet in einem solchen Falle dem

Richter höherer Instanz von selbst die Füglichkeit, bei seiner Cognition über die vor Erscheinen des interpretativen Gesetzes gefällte unterrichterliche Sentenz dennoch den neueren Ausspruch des Gesetzgebers zu berücksichtigen, da letzterer eben darauf ausgeht, festzustellen, was unter der Herrschaft des früheren Gesetzes bereits Rechtens gewesen sei.

Bei der Frage übrigens, ob eine, die rückbezügliche Anwendung des neuen Gesetzes ausschliessende Rechtskraft in der Sache bereits eingetreten sei, hat man lediglich an eine Rechtskraft im Sinne des §. 2. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 zu denken, weil, wenn man deren Eintritt unbedingt und selbst bei letztinstanzlichen Erkenntnissen erst noch vom Ablaufe des Decendiums abhängig machen wollte, sich für den Fall des Erscheinens der authentischen Interpretation während des Laufes des Decendiums eine Lücke im Gesetz ergebene würde.

IV. Für die Zukunft bleibt das Gesetz in der Regel, und soweit es nicht von vornherein nur transitorischer Natur war, bis zu seiner Abrogation durch ein neues Gesetz wirksam. Eine Ausnahme hiervon wird nur in §. 4. des Gesetzbuches insofern statuirt, als das Gesetz auch ohne ausdrückliche Aufhebung darnach seine Kraft für den Fall verlieren soll, wenn sich die Gründe erledigen, auf welchen es ausschliesslich beruht*).

§. 11. Die Wirksamkeit des Gesetzes in ihrer örtlichen Begrenzung.

Die natürliche örtliche Grenze für die Wirksamkeit des Gesetzes ist der Umfang des Staatsgebietes, für welches dasselbe erlassen wurde, und zwar müsste es an sich innerhalb dieser Grenzen ausschliessliche Geltung zu

*) So z. B. das während einer Zeit der Theuerung erschienene, das Verbot von Veräusserungsverträgen über Getraide auf dem Halme etc. bei Strafe der Nichtigkeit, Confiscation u. s. w. betreffende Generale vom 23. Juli 1805.

beanspruchen haben. Wenn gleichwohl der inländische Richter heutzutage nicht selten in den Fall kommt, ausländische Rechte anwenden zu müssen, so kann der Grund hiervon liegen entweder:

I. in Staatsverträgen, welche der eigene Landesherr mit fremden Staaten zu dem Zwecke abschloss, um die Voraussetzungen festzustellen, unter welchen die Gerichte der contrahirenden Staaten sich gegenseitig die gleiche Rechtshülfe wie auf Requisition inländischer Gerichte zu leisten haben sollen. Unter den zahlreichen Staatsverträgen dieser Art, welche die Krone Sachsen mit andern Deutschen Staaten abgeschlossen hat, sind die namhaftesten die Convention mit Preussen laut der Verordnung vom 21. December 1839 und die mit Baden laut der Verordnung vom 31. Juli 1855.

Ein allgemeines, auf alle Deutsche Bundesstaaten bezügliches Gesetz dieser Art, publicirt mittelst Verordnung vom 16. Januar 1865 hat mit der Auflösung des Deutschen Bundes sich im Wesentlichen erledigt. Soweit nun jene Conventionen, obwohl zunächst nur prozessualen Inhaltes, zugleich Fragen des internationalen Privatrechtes mit berühren, kommen sie für den inländischen Richter vor allen anderen hier in Betracht. (Gesetzbuch §. 6.); — oder in Ermangelung eines derartigen Staatsvertrages

II. in der Beschaffenheit des zur Cognition des inländischen Richters gelangenden Sach- und Rechtsverhältnisses an sich, insofern dasselbe seiner Natur nach mit einem fremden Rechtsgebiete in einer gewissen örtlichen Beziehung steht. Hiefür stellt das Gesetzbuch in §§. 7—19 folgende leitende Grundsätze auf:

A. schlechthin ausgeschlossen ist auch in solchen Fällen die Berücksichtigung des ausländischen Rechtes, soweit auf höheren, sittlichen oder politischen Erwägungen beruhende, verbietende oder gebietende Ge-

setze des Inlandes entgegenstehen (Gesetzbuch §. 19.). Umgekehrt kann

B. der inländische Richter dem ausländischen Rechte die Anwendbarkeit überall da nicht versagen, wo das in Rede stehende Rechtsverhältniss ein solches ist, dessen Regulirung der Privatdisposition der Betheiligten anheimfällt und letztere zu diesem Zwecke einem fremden Rechte — als lex contractus — ausdrücklich oder factisch sich unterworfen haben (Gesetzb. §. 18.)

C. Schlägt keiner dieser beiden obersten Grundsätze ein, so kann die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts je nach Verschiedenheit der Fälle bedingt sein:

1. bald durch die Staatsangehörigkeit des oder der bei dem betreffenden Rechtsverhältnisse betheiligten Personen,

2. bald durch den Wohnsitz derselben,

3. bald durch eine sonstige, dem Rechtsverhältnisse anhaftende lokale Beziehung.

ad 1. Die Staatsangehörigkeit entscheidet nämlich:

a. über die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person, indem solche nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden soll, dessen Unterthan sie ist; jedoch mit der wichtigen Beschränkung, dass, wenn die Verpflichtung eines Ausländers aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung in Frage steht, in Ansehung seiner Handlungsfähigkeit die Gesetze des Inlandes den Ausschlag geben. (Gesetzbuch §§. 7. 8., Wochenbl. 1861. S. 68. ff. —).

b. Ebenso sollen Eingehung und Auflösung der Ehe, ferner die väterliche Gewalt, endlich die allgemeine Personalvormundschaft immer nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden, welchem im ersten Falle der Ehemann (und zwar zur Zeit der Eingehung resp. Auflösung der Ehe), im zweiten und dritten Falle

aber der Vater oder der zu Bevormundende zu dem entscheidenden Zeitpunkte angehört (Gesetzb. §§. 13. 15. 16.).

ad 2. bildet der Wohnsitz des oder der Betheiligten das Ausschlag gebende Moment:

a. bei Beurtheilung der ehelichen Vermögensrechte, insofern sich diese nach den Gesetzen desjenigen Domicils, welches der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe gehabt hat, fort und fort richten, ohne Rücksicht auf einen späteren Wohnortswechsel (Gesetzbuch §. 14.).

b. bei Beurtheilung des Anfalles und der Erwerbung einer Erbschaft. Hier entscheidet das letzte Domicil des Erblassers, oder bei einer Mehrzahl gleichzeitiger Wohnsitze im technischen Sinne derjenige, an dem er sich zuletzt aufgehalten hat (Gesetzbuch §. 17.).

ad 3. Ein sonstiger Zusammenhang der betreffenden Rechtssache mit einem fremden Rechtsgebiete ist anzunehmen:

a. bei der Beurtheilung der Form eines Rechtsgeschäftes, wo der Ort des Abschlusses entscheidet (locus regit actum), jedoch mit der Modification, dass auch schon die Beobachtung der etwaigen geringeren Förmlichkeiten des Ortes genügen, an welchem das Geschäft in Wirksamkeit treten soll (Gesetzbuch §. 9.);

b. bei Beurtheilung des Inhaltes der Rechte an beweglichen oder unbeweglichen Sachen, ingleichen des Besitzes an denselben, wo die leges rei sitae den Ausschlag zu geben haben sollen (Gesetzbuch §. 10.);

c. bei Beurtheilung des Inhalts der Forderungsrechte. Hier sollen die Gesetze des Erfüllungsortes massgebend sein. Diese Regel ist jedoch nur für Fälle brauchbar, wo ein Erfüllungsort ausdrücklich von den Parteien bestimmt, oder aus den Umständen resp. der Beschaffenheit der Leistung zu entnehmen ist (Gb. §. 702.).

Ein speciell auf die aus dem ausserehelichen Beischlafe abgeleiteten Ansprüche bezüglicher Zweifel der

früheren Praxis (vgl. Kori Erörterungen Bd. III. S. 13 not. 20) ist im §. 12 des Gesetzbuchs ausdrücklich zu Gunsten der unbedingten Anwendbarkeit des inländischen Rechtes entschieden, mag der Beischlaf im Auslande oder Inlande stattgefunden haben.

III. Die ausnahmsweise Anwendung des ausländischen Rechtes vor dem inländischen Forum kann endlich in gewissen Fällen Ausfluss des sog. Retorsions- oder Erwiderungsrechtes sein, d. h. der Befugniss des inländischen Richters, gewisse Rechtsbeschränkungen, die ein fremdes Landesrecht als Ausnahme der dortigen Rechtsordnung zum Nachtheile aller Fremden oder doch der diesseitigen Staatsangehörigen insbesondre eintreten lässt, auch gegen die Angehörigen dieses Staates hierorts zur Anwendung zu bringen. Im Gegensatze zu den oben sub II. besprochenen Fällen handelt es sich also hier um eine Einschränkung der dort stillschweigend vorausgesetzten Regel, dass der Ausländer vor dem Sächsischen Richter mit dem Inländer gleichen Anspruch auf Privatrechtsschutz durch die Landesgesetze habe. Indessen dient dasselbe der Sache nach gleichfalls immer nur dem höheren Zwecke, eine ebenmässige Gleichstellung der diesseitigen Staatsangehörigen im Auslande vor dem dortigen Richter zu erzwingen (§. 20 des bürgerlichen Gesetzbuchs.).

Noch neuerdings durch das Generale vom 4. April 1805 bei uns wiederholt anerkannt, setzte das Retorsionsrecht nach Massgabe der const. 38. P. III. zu seiner Anwendung voraus, dass die Ungleichheit des ausländischen Rechtes gegen Sächsische Staatsangehörige in dem betreffenden Staate bereits einmal wenigstens wirklich geübt worden sei. Das Gesetzbuch §. 20 dagegen, wie auch bereits das Generale von 1805, lässt schon die blosse Existenz einer Rechtsverschiedenheit der in Frage befangenen Art genügen, und verlangt nur auf der anderen Seite, dass das zum Nachtheile diesseitiger Staatsange-

höriger bestehende jus singulare des fremden Rechtes sich auf ausdrückliches Gesetz gründen müsse, also nicht auf blosser Gewohnheit beruhen dürfe, wie solches das Generale von 1805 noch für genügend erklärt hatte. Uebrigens wird durch A.V.O. § 3. dem Unterrichter die Anwendung des Retorsionsrechtes im einzelnen Falle ohne vorgängige bei dem Justizministerium hierzu eingeholte Ermächtigung verboten.

§. 12. Von der Gesetzesauslegung und der Analogie.

I. Die Auslegung des Gesetzes, d. h. die Feststellung des in den Gesetzesworten direct oder indirect zum Ausdrucke gelangten gesetzgeberischen Willens ist stets eine logische, resp. wissenschaftliche Operation, die auch dadurch, dass der Gesetzgeber im einzelnen Falle ihre Functionen anscheinend selbst übernimmt, nie ganz entbehrlich gemacht werden, sondern nur eine veränderte, resp. beschränkte Richtung angewiesen erhalten kann. Nur in diesem Sinne, dem einer Schranke für die doktrinelle Interpretation, kommt das Gesetzbuch auf die bereits im § 3 in anderem Zusammenhange erwähnte authentische Interpretation (vgl. oben §. 10. III.) in §. 21 nochmals zurück.

Im Uebrigen begnügt sich das Gesetzbuch für die eigentliche oder doktrinelle Auslegung mit der Aufstellung einiger allgemeiner leitender Grundsätze:

a. Wenn es nach §. 22, wo die grammatische und logische Auslegung einander entgegengesetzt werden, den Anschein gewinnen könnte, als habe der ersteren unbedingt der Vorzug vor der letzteren eingeräumt werden sollen, dafern nur mit ihrer Hülfe zu einem sprachlich richtigen Wortsinne zu gelangen sei, so kann dies nur so viel heissen, dass sich der Richter nicht ohne dringende innere Gründe über die an sich klare Wortfassung des Gesetzes hinwegsetzen dürfe Dass dagegen bei dem Vor-

handensein solcher Gründe die logische Auslegung nicht auf Kosten der grammatischen hätte beschränkt werden sollen, folgt unter anderem schon

b. aus §. 24, wo die Zulässigkeit einer sog. extensiven, also nicht streng wörtlichen Interpretation indirect anerkannt wird, insofern sich selbige dort nur in Ansehung solcher gesetzlicher Bestimmungen reprobirt findet, welche auf besonders angegebenen singulären Voraussetzungen beruhen. — Weiter ist

c. die Bestimmung in §. 27 hervorzuheben, welche den Grundsatz lex specialis derogat generali ausdrücklich wiederholt, eine Bestimmung, von welcher gerade bei der Interpretation des Gesetzbuchs nach dessen ganzer Anlage oft Gebrauch zu machen sein wird, da meist absichtlich vermieden worden ist, Bestimmungen, welche sich als Einschränkungen früherer allgemein lautender Gesetze darstellen, ausdrücklich als solche anzukündigen, oder bei der Regel auf die nachfolgenden Ausnahmen besonders zu verweisen (vgl. z. B. §. 312 des bürgerlichen Gesetzbuchs mit § 1499 und §. 103 mit §. 631 — Ausnahme vom Grundsatze: utile per inutile non vitiatur).

d. Ein wesentliches Hülfsmittel zur Auslegung des Gesetzbuchs bilden übrigens nicht bloss die dem früheren Entwurfe beigegebenen, allgemeinen und speciellen Regierungsmotive (vgl. §. 8 dieser Vorträge; Landtagsacten 1860—1861, I. Abth. I. Bd. S. 553 ff.), sondern auch die zwischen der Regierung und den Kammern über die Annahme des Entwurfes geführten ständischen Verhandlungen, insbesondere die von den betreffenden Deputationen beider Kammern diesfalls erstatteten Berichte (Landtagsacten, Beilage zu den Protokollen der ersten Kammer II. Abth., I. Bd. S 547 ff. — und für die zweite Kammer: III. Abth., III. Bd. S. 753 ff.).

Was namentlich die speciellen Motive anlangt, so steht ihrer Berücksichtigung nicht entgegen, dass sie nur

von der Sächsischen Regierung und nicht von der mit der Revision des Held'schen Entwurfs seiner Zeit beauftragt gewesenen Commission im Ganzen ausgegangen sind. Denn sofern sie den Zweck hatten, den Sächsischen Kammern den Standpunkt der diesseitigen Regierung zu der Vorlage in ihren einzelnen Theilen in der hierfür üblichen offiziellen Form darzulegen, werden sie als Unterlage für die zu folgernde Annahme eines zwischen der Sächsischen Regierung und der Volksvertretung herrschenden Einverständnisses ganz in demselben Grade benützbar sein, in welchem solches überhaupt von derartigen Vorarbeiten zu behaupten ist.

II. Neben der bisher besprochenen Gesetzesauslegung im engeren Sinne bietet das Gesetzbuch auch noch in der Analogie ein weiteres wirksames Mittel zur fruchtbaren Weiterentwicklung der in demselben enthaltenen Rechtssätze, sowie zur Ausfüllung etwa hervortretender Lücken dar (Gesetzbuch §§. 25, 26.).

Die nach der Wortfassung des §. 25 vielleicht mögliche Annahme, es sei mit der Beurtheilung eines Rechtsfalles nach den Bestimmungen über ähnliche Fälle lediglich die sog. Gesetzesanalogie, nicht aber die sog. Rechtsanalogie gemeint, findet in den speciellen Motiven S. 562 ausdrückliche Widerlegung.

Eine Handhabe für die Gesetzesanalogie würden §§. 1823 und 1912 darbieten in ihrer Anwendbarkeit auf Ehefrauen, welche sich betrügerischer Weise bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes für ledig ausgegeben haben.

Fast noch wichtiger ist übrigens die dem §. 25 zukommende negative Bedeutung. Insofern nämlich dort der Richter für die Fälle einer im Gesetzbuche sich ergebenden Lücke lediglich an die Analogie verwiesen wird, wird zugleich indirect ausgesprochen, dass dem bisherigen gemeinen Rechte die Eigenschaft eines unmittelbar anwendbaren, sog. Hülfsrechtes, nicht weiter

zukommt. Darüber, dass solches die übereinstimmende Ansicht der Regierung und der Stände gewesen sei, lassen die allgemeinen Motive S. 477, die insoweit auf die Berichterstattungen seitens der Zwischendeputationen zurückverweisen, keinen Zweifel aufkommen. Dabei ist jedoch als selbstverständlich vorausgesetzt, dass man, soweit das Gesetzbuch auf dem gemeinen Rechte beruht, d. h., soweit man annehmem darf: es habe letzteres nach seinen allgemeinen Principien oder in seinen einzelnen Sätzen im Gesetzbuche wiedergegeben werden sollen, unbehindert sein wird, eine etwa dunkle oder unvollständige Wortfassung des Gesetzbuchs mit Zuhülfenahme derjenigen wissenschaftlichen Ergebnisse, welche das Studium des gemeinen Rechts in den betreffenden Lehren bisher geliefert hat, resp. liefern wird, zu erläutern oder zu ergänzen. Ein Mehreres als dieses hat wohl auch nicht S. 482 der allgemeinen Motive gesagt werden sollen; und um dieses Princip der sog. Rechtscontinuität zur Geltung zu bringen, braucht man keineswegs mit Sintenis Anleitung S. 12 die Vorschrift §. 2 der P.V.O. dahin zu interpretiren, als sollten danach die in dem Gesetzbuche aufgenommenen bisher gültigen Bestimmungen als solche nach wie vor formell gültig bleiben.

§. 13. Das Gewohnheitsrecht und die Stellung des Gesetzbuchs zu solchem.

I. Noch vor verhältnissmässig nicht langer Zeit vor Erscheinen des Gesetzbuchs hatte bei uns die von der gemeinrechtlichen Doktrin aufgegebene ältere Theorie des Gewohnheitsrechts, welche an die Bildung eines Gewohnheitsrechtes die Anforderungen wie an eine erwerbende Verjährung stellte, in dem Rechtssatze des Ober-Appellationsgerichts Nro. 1 der Bekanntmachung vom 6. August 1836 ausdrückliche Anerkennung gefunden.

Der Grund, warum diese unbefriedigende Auffassung

der Sache doch für die Fortbildung des Privatrechtes ohne merklichen Nachtheil blieb, lag unstreitig darin, dass Aeusserungen einer schöpferischen Kraft des Gewohnheitsrechtes neben dem wachsenden Einflusse einer systematisch thätigen Gesetzgebung überhaupt mehr und mehr zurücktraten, und dass die unter der Form des Gerichtsbrauches sich kundgebende Einwirkung des Juristenstandes auf die Rechtsentwicklung die Bedeutung jener für die älteren Perioden vorzugsweise wichtigen Rechtsquelle nahezu ersetzte, ohne dass man genöthigt gewesen wäre, dem Gerichtsbrauche an sich und soweit er nicht als Organ bei Bildung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts auftritt, eine unmittelbar rechtserzeugende Kraft deshalb zuzuschreiben. Unterstützt wurde die gerichtsbräuchliche Fortbildung des Rechtes wesentlich durch die in dem „Gesetze, die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betreffend, vom 28. Januar 1835" (Bgesetz) §. 9 getroffenen Einrichtungen, wonach dem Ober-Appellationsgerichte das Recht eingeräumt ist, Rechtssätze, die es seinen Entscheidungen zu Grunde zu legen pflegt, mit Genehmigung des Justizministerii in das Gesetz- und Verordnungsblatt einrücken zu lassen. Denn obwohl diesen Publikationen die Eigenschaft einer allgemein bindenden Norm nicht beizulegen ist, so verfolgt die gedachte Einrichtung den allerdings sehr heilsamen Zweck, die Gleichmässigkeit der Praxis durch den zu erwartenden freiwilligen Anschluss der übrigen Gerichtshöfe des Landes an jene zur allgemeinen Kenntniss gebrachten Rechtssätze fördern zu helfen. Namentlich unterscheiden sich also diese Rechtssätze wesentlich von den sog. Decisivrescripten des älteren Rechts, wie solche früherhin zahlreich in den Codex Augusteus und auch später noch in die seit 1818 bestehende Gesetzsammlung aufgenommen worden sind. Denn einerseits hat man sich unter diesen Rescripten wirkliche in

Parteisachen ergangene Entscheidungen der damaligen Oberbehörden zu denken, die nur wegen ihres voraussetzlich allgemeineren Interesses auf jene Weise veröffentlicht worden sind. Andrerseits haben dieselben späterhin allerdings, wenigstens theilweise, und zwar insoweit Gesetzeskraft beigelegt erhalten, als sie in der Zeit von 1818 ab bis zum Erscheinen der Verfassungsurkunde Aufnahme in die offizielle Gesetzsammlung gefunden hatten (cf Bekanntmachung vom 9 Mai 1827).

II. Das Gesetzbuch, indem es in §. 28 das Gewohnheitsrecht, und zwar das derogatorische, wie das suppletorische, vollständig als Rechtsquelle beseitigt, folgt insoweit nur dem Beispiele des Oesterreichischen Gesetzbuchs, beziehungsweise des Preussischen Landrechts, indem ersteres ganz, das letztere zum Theil wenigstens den gleichen Weg eingeschlagen hat. Eine neben dem Gesetzbuche, oder gegen einzelne Sätze desselben sich Bahn brechende allgemeine Rechtsüberzeugung wird somit künftig nur im Wege der nachhelfenden Gesetzgebung in positives Recht verwandelt werden können. Soweit jedoch der Gerichtsbrauch seine Aufgabe darin sucht, das in dem Gesetzbuche niedergelegte Recht innerhalb der durch dasselbe gezogenen Schranken (Gesetzesauslegung und Analogie) weiter zu bilden, wird an seinem zeitherigen Verhältnisse zum jus scriptum, sowie an seinem massgebenden Einflusse auf dessen Handhabung nichts geändert. Nur eine auf ihn gestützte sog. Usualinterpretation wird in dem bisherigen Sinne freilich nicht weiter vorkommen können.

Der Schlusssatz des §. 28 ist auf ein allgemeines oder in gewissen beschränkten Kreisen erweislich herrschendes Herkommen zu beziehen. Dasselbe erscheint aber dann nur als Interpretationsmoment bei Ermittelung des von den Interessenten mit der Vollziehung eines Rechtsgeschäftes präsumtiv verbundenen Willens.

Dasselbe kann daher nur zum Zwecke der Feststellung des Umfanges bestehender subjectiver Rechte, also überall nur insoweit in Betracht gezogen werden, als überhaupt ein dem Privatwillen erreichbarer Gegenstand in Frage stehet, und Grund zu der Annahme vorliegt, dass sich die fragliche Verfügung an das Herkömmliche habe anschliessen wollen, so bei der arrha §. 894 („oder üblich"); bei Verzinsung des rückständigen Kaufpreises §. 1095; Ausbesserung von verpachteten Sachen durch den Pächter §. 1200; Entrichtung der Gegenleistung bei Dienstverträgen §. 1238 und Bestreitung des bei der Dienstleistung erforderlichen Aufwandes §. 1240 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ueber die abweichende Bedeutung der in mehreren älteren Sächsischen Gesetzen vorkommenden Erwähnung des „Herkommens" als eines besonderen Privatrechtstitels (einer Quelle subjectiver Rechte), z. B. Competenzgesetz vom 28 Januar 1835 §. 11, ist zu vergleichen Annalen des Ober-Appellationsgerichts Bd. V., S. 441 ff., und wegen der im Bereiche des Handelsrechts nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs art. 1 auch künftig noch fort und fort in Betracht kommenden Handelsusancen vgl. Annalen III. S. 278 ff.

§. 14. Provinzial- und Statutarrecht.

I. An Provinzialrechten hat Sachsen nur ein einziges Beispiel in dem Oberlausitzer Rechte aufzuweisen. Der bei der Landestheilung dem Königreiche Sachsen verbliebene Oberlausitzer Antheil besass nämlich damals und besitzt zum Theil noch eine in vielen Stücken eigenthümliche Verfassung. Schon in älteren Zeiten mit der Mark Meissen zeitweise in der Hand des Wettiner Fürstenhauses verbunden, gelangte die Niederlausitz nach mehrfachem Wechsel ihrer Besitzer an die Krone Böhmen, bis sie Ferdinand II. mit der inmittelst neugebildeten

Markgrafschaft Oberlausitz 1623 an das Sächsische Kurhaus anfangs pfandweise, später mittels Nebenrecesses zum Prager Frieden vom 30. Mai 1635 erb- und eigenthümlich abtrat. Das staatsrechtliche Verhältniss der Lausitzen zu den alten Kursächsischen Erb- oder Kreislanden war nur das einer Personalunion, und den Lausitzer Ständen war in den Traditionsrecessen sowohl als auch später ihr verfassungsmässiges Recht besonders gewährleistet worden.

Demzufolge litten die für die Erblande ergangenen Gesetze nicht ohne Weiteres, sondern nur insoweit auf die Lausitz Anwendung, als sie daselbst mit besonderer Bewilligung der Stände publicirt, resp. gewohnheitsrechtlich recipirt worden waren.

Die Ertheilung der Verfassungs-Urkunde von 1831 führte zwar 1834 zu einer wesentlichen Modification der Oberlausitzer Partikularverfassung, insbesondre wurde schon von da ab die Landesgesetzgebung eine für alle Theile der Monarchie gemeinsame. Die Verschiedenheit des älteren Rechtes jedoch wurde nur nach und nach zum Theile ausgeglichen, z. B. durch das „Gesetz vom 25. Januar 1836 zur Einführung mehrerer kreisländischer, die Priorität der Gläubiger in Concursen und das Pfandrecht betreffenden gesetzlichen Bestimmungen in der Oberlausitz“, so dass das Oberlausitzer Recht seinen principiellen Charakter als Provincialrecht bis zum Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs fortdauernd bewahrt hat. Insoweit indess das letztere eingreift, wird auf dem Gebiete des Privatrechtes von einem solchen künftig nicht mehr die Rede sein können.

II. Soweit den nach älterem Rechte sehr zahlreichen Ortsstatuten überhaupt ein autonomischer Charakter auf dem Gebiete des Privatrechtes zukommt, haben dieselben theils durch das oben (§. 6) erwähnte Gouvernementspatent von 1814 in Verbindung mit dem Intestat-

erbfolgemandate, theils durch diejenigen Grundsätze wesentlich an Bedeutung verloren, die sich in der Städteordnung von 1832 und der Landgemeindeordnung von 1838 über die Errichtung sogenannter Lokalstatuten aufgestellt finden, insofern deren Wirkungskreis ausschliesslich dort auf verwaltungsrechtliches Gebiet verwiesen wurde.

Dagegen ist eine andre Gattung von Statuten in neuerer Zeit um so häufiger und wichtiger geworden: es sind dies die Statuten gewisser öffentlicher Anstalten, durch deren landesherrliche Bestätigung diesen Anstalten zum Theil sehr weitgreifende Sonderrechte, die auch unter Umständen in die Privatrechtssphäre Dritter eingreifen, und insoweit allerdings die Bedeutung eines objectiven Rechtssatzes verdienen, verliehen worden sind, z. B. die den Leihhäusern, der Leipziger Bank, der Leipziger Creditanstalt und so fort auf diesem Wege eingeräumten Vorrechte gegenüber den Vindicationen der bei ihnen verpfändeten beweglichen Sachen (Gesetz und Verordnungsblatt vom Jahre 1833, S 27; 1835, S. 409; 1839, S. 56 ff.; 1856, S. 56 ff.).

Das Gesetzbuch erkennt Statuten im §. 29, soweit solche dem öffentlichen Rechte gemäss errichtet sind, die Bedeutung einer über dem allgemeinen Landesrechte stehenden Rechtsquelle gleichfalls zu, und erwähnt im gleichen Sinne daneben noch die Hausgesetze und die Familienverträge. Natürlich ist beides nur von solchen dort sich findenden Dispositionen zu verstehen, durch welche wirkliche objective Rechtsnormen geschaffen werden*).

---

*) Sonstigen in Statuten, z. B. Eisenbahnreglements, enthaltenen Vorschriften, soweit sie nur auf die Ergänzung des Vertragswillens berechnet sind, kann der Charakter eigentlicher Rechtsquellen nicht zugeschrieben werden. Es beruht auf einem staatsrechtlichen Gewohnheitsrechte, dass für die Schaffung solcher in Statuten vorkommender exceptioneller Privatrechtssätze die Mitwirkung der Stände

II. Abtheilung.

Von den Personen.

I. Physische Personen.

§. 15. Beginn der natürlichen Persönlichkeit und deren Beweis.

(Haubold, Lehrbuch §. 51.)

I. Die natürliche Persönlichkeit, d. h. die mit der menschlichen Individualität von selbst und ausnahmslos verbundene Rechtsfähigkeit (Gesetzbuch §§. 30. 31.) hat für ihren Beginn nach dem Rechte des Gesetzbuchs eine dreifache Voraussetzung:

a. das Geborensein des Individuums (§. 32, Abs. 1),

b. das Lebendiggeborensein desselben (§. 32, Abs. 3),

c. die menschliche Körperbildung des Gebornen (§. 33 des Gesetzbuchs).

Durch keines dieser Requisite wird zwar direct etwas über die Frage entschieden, ob Lebensfähigkeit des Kindes Bedingung seiner Rechtsfähigkeit sei, aber allerdings erklären sich die speciellen Motive S. 568, unter Berufung auf Savigny System, Bd. II. S. 385 ff. bestimmt für deren Verneinung; und es folgt solches wohl auch aus der Nichterwähnung dieses Erfordernisses in §. 33 des Gesetzbuchs. Der durch Art 159 des Revid. Strafgesetzbuchs

---

nicht erfordert, vielmehr unbeanstandet die landesherrliche Bestätigung unter Contrasignatur des betreffenden Ressortministeriums zeither für ausreichend erachtet worden ist. Vgl. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechtes S. 15. Im Gesetze vom 15. Juni 1868 §. 7 findet nun dieses Gewohnheitsrecht für den Kreis der dort behandelten juristischen Personen in der Weise ausdrückliche Sanction, als hier die für solche in Anspruch genommenen Ausnahmen von bestehenden Gesetzen nur an die Genehmigung des competenten Ministeriums geknüpft werden.

vom 1. October 1868 statuirte Unterschied steht hiermit nicht im Widerspruche, da es sich dort nur um die Lebensfähigkeit in einem vulgären Sinne (z. B. Unmöglichkeit des Fortlebens wegen Missbildung der Ernährungsorgane), nicht ausschliesslich um den Zustand positiver Unreife und damit zusammenhängender Lebensunfähigkeit handelt (cf. Wächter, Programm: de partu vivo non vitali, p. I—V, Leipzig 1863—1866).

Zugleich enthält §. 32 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Abs. 2 als scheinbare Ausnahme von dem Satze sub a. eine Wiedergabe der gemeinrechtlichen Rechtsregel: nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ipsius quaeritur. Dabei wird aber durch den Ausdruck „vorläufig“ besser als gemeinhin geschieht, der Gedanke angedeutet, dass es sich hier nicht um das Fingiren einer juristischen Person zum Zwecke der Ermöglichung eines gegenwärtigen Rechtserwerbes, sondern nur um die Aufstellung einer Rechtsvorschrift handele, wonach das einer noch ungeborenen Leibesfrucht anfallende Recht bis zum Ausgange der Schwangerschaft einstweilen schwebend, und dem noch Ungebornen die Möglichkeit eines künftigen Rechtserwerbes offen erhalten werden soll.

Unser zeitheriges Recht (zu vgl. Allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XXV. §. 12) gab diesem Satze dann, wenn der zu erwartende Postumus mit bereits lebenden Descendenten des Erblassers concurrirte, die über das gemeine Recht hinausgehende Folge, die Theilung des Nachlasses bis zum Ausgange der Schwangerschaft ganz zu suspendiren. Das Gesetzbuch § 2293 in Verbindung mit § 2344 kehrt jedoch hier wieder zum Römischen Rechte zurück, insofern es in diesem Falle drei Portionen aufhebt, im Uebrigen aber den Nachlass zur Theilung bringen lässt.

II. In Betreff der Frage, aus welchen Kennzeichen man zu entnehmen habe, ob der partus lebend zur

Welt gekommen sei, ist unser Gerichtsbrauch seit frühester Zeit der Justinianeischen Controversentscheidung l. 3. C. de postumis her. inst. etc. VI. 29 nachgegangen, ohne sich an die im Sachsenspiegel I art. 33 anscheinend aufgestellten singulären Beweiserfordernisse zu binden; insofern wird auch durch das Gesetzbuch nichts geändert. Die in §. 34 des Gesetzbuches unter Anschluss an das Oesterreichische Gesetzbuch eingeführte Rechtsvermuthung bezieht sich vielmehr nur auf die Frage wegen Vertheilung der Beweislast. Darnach wird allerdings im Widerspruche mit der herrschenden Ansicht der Rechtslehrer demjenigen, welcher aus der Geburt eines Kindes Rechte für sich ableitet, ein besonderer Beweis dafür, dass das Kind lebend zur Welt gekommen sei, nicht weiter angesonnen, sondern umgekehrt demjenigen, der die Todtgeburt behauptet, der Beweis dieses seines Anführens auferlegt. Nur wird die blosse Thatsache der Entbindung der Schwangeren nicht genügen, um diese Präsumtion zu begründen, vielmehr muss, wie die Worte „im Zweifel“ zur Genüge andeuten, wenigstens soviel constatirt sein, dass ein wirkliches „Kind“ zur Welt gekommen sei und nicht ein noch unentwickelter Embryo (Fötus), so dass sich hierdurch die Erstreckung unserer Präsumtion auf die grosse Mehrzahl der eclatanten Fälle einer blossen Fehlgeburt von selbst erledigt.

§. 16. Vom Tode und dessen Beweise.

(Haubold §. 53.)

I. Der physische Tod ist jetzt der einzige Beendigungsgrund der natürlichen Persönlichkeit und ihrer damit verbundenen Rechtsfähigkeit (Gesetzbuch § 36).

Wer den Tod eines Menschen für sich anzieht, hat denselben in der Regel zu beweisen. Für die im Inlande vorkommenden Todesfälle bilden ebenso, wie bei dem Beweise der Geburt eines Menschen, die auf Grund der ord-

nungsmässig geführten Kirchenbücher ausgestellten officiellen Zeugnisse das regelmässige Beweismittel. Sie liefern vollen Beweis (Generale vom 18. Februar 1799, das von Römisch-katholischen Confessionsgenossen handelnde Mandat vom 19. Februar 1827 §. 64 und Verordnung vom 21. Februar 1843.). Rücksichtlich der im Felde verstorbenen Militärpersonen vertrat schon nach der älteren Praxis das schriftliche Zeugniss des Obersten oder des Regimentsschreibers die Stelle des Kirchenzeugnisses (Hommel, rhaps., obs. 656, 3.). Liegen derartige Urkunden nicht, oder nicht in ausreichendem Masse vor, so treten an sich ganz die gewöhnlichen Beweisgrundsätze ein; demgemäss muss, wenn zu dem Eintritte des in Anspruch genommenen Rechtes ausser dem Tode einer Person auch noch der weitere Umstand gehört, dass dieser Tod zu einem gewissen gegebenen Zeitpuncte, resp. vorher oder nachher erfolgt sei, der Regel nach auch dieser kritische Zeitpunct des Todes mit bewiesen werden. Insbesondere kennt

a. unser Particularrecht eine Rechtsvermuthung rücksichtlich der Zeitfolge des Todes gewisser Personen, wie solche das Römische Recht in dem Falle der sogenannten Commorienten oder commortui aufstellt (Arndts Lehrbuch der Pandecten §. 27), schon seit dem Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 §. 9 nicht mehr. Vielmehr soll darnach ebenso wie künftig nach dem Gesetzbuche §. 2007 bei unerweislicher Priorität des Ablebens der einen oder anderen Person Gleichzeitigkeit des Todes angenommen werden. Diesen Satz, gleich jener Römischrechtlichen Präsumtion nur auf den Fall des Umkommens mehrerer Personen in gemeinschaftlicher Todesgefahr zu beziehen, wie solches von unseren Oberbehörden in dem im Wochenblatte 1858 Seite 305 ff abgedruckten Falle angenommen worden ist, dafür fehlt es gegenüber der allgemein lauten-

den Fassung, namentlich des bürgerlichen Gesetzbuches a. a. O. an einem ausreichenden Grunde.

Ebensowenig kann

b. zur Umgehung der Jemandem in Ansehung der Todeszeit eines Anderen treffenden Beweislast, von der der sogenannten Ulpianische Tabelle (l. 68 D. ad. leg. Falcid. XXXV, 2) nachgebildeten, nach den Resultaten der neueren Statistik vervollkommneten Mortalitätstabelle Gebrauch gemacht werden. Dieselbe bezweckt nämlich nur die Ermöglichung einer durchschnittlichen pekuniären Veranschlagung solcher Rechtsverhältnisse, die ihrer Beschaffenheit nach an die Lebensdauer eines Menschen geknüpft sind. Die Stellung des §. 35 in dem allgemeinen Theile des Gesetzbuches hat nur darin ihren Grund, um die bisher streitige Frage indirect bejahend zu beantworten, ob die sogenannte Ulpianische Tabelle auch auf andere Rechtsverhältnisse als das in lex 68 cit. speciell gedachte analog angewendet werden dürfe. Für einzelne Fälle hatte sich unsere Praxis schon zu Gunsten der analogen Anwendung entschieden, namentlich bei der Berechnung des Auszugswerthes behufs der Verlehnwaarung eines verkauften Grundstücks (Zu vergl. Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 2. October 1839, Nr. 39 und Kori Erörterungen Band III Seite 103, vergl. auch noch bürgerliches Gesetzbuch §. 2591.).

c. Besondere Grundsätze treten rücksichtlich der Präsumtion des Todes beziehentlich des Fortgelebthabens eines Verschollenen nach Sächsischem Rechte ein. Darüber siehe den folgenden Paragraphen.

II. Ausnahmsweise wird jedoch der Jemandem obliegende Beweis des Todes eines anderen Menschen schon von dem Gesetze für gewisse Fälle namhaft erleichtert; — So brauchte:

1. schon nach dem Intestaterbfolgemandate §. 118 derjenige, welcher Anspruch auf den Nachlass eines Ver-

storbenen macht, den Beweis des früheren Todes der betreffenden dritten Personen, die ihn, falls sie den Erblasser überlebt hätten, von dessen Erbschaft ganz oder zum Theil ausgeschlossen haben würden, nicht immer direct zu führen, vielmehr sollte es schon genügen, wenn er nur darzuthun vermöge, dass solche dritte Personen zur Zeit des Todes des Erblassers das neunzigste Altersjahr bereits erfüllt haben würden, falls sie da noch gelebt hätten. Das bürgerliche Gesetzbuch § 45 hält hieran nicht nur fest, sondern dehnt die gesetzliche Gleichgeltung jenes künstlichen Beweissatzes mit dem directen Todesbeweise auch auf alle anderen Rechtsverhältnisse ausser dem Erbschaftsverhältnisse aus, wo ein Berechtigter in Bezug auf dasselbe Recht einem anderen Berechtigten vorgeht oder wo beide dergestalt nebeneinander berechtigt sind, dass beim Wegfalle des Einen der Andere allein berechtigt sein würde, z. B. im Falle eines mehreren Personen gemeinschaftlich constituirten Niessbrauches oder Auszuges, der nach dem Tode des Einen dem Ueberlebenden allein gebühren soll.

Weiter als auf die hiernach von dem Gesetze unmittelbar getroffenen Fälle hat man aber auch künftig diese noch immer auf blosser lex specialis beruhende Todesvermuthung wegen hohen Alters nicht zu erstrecken, also namentlich nicht auf den Fall, wo es sich um den Nachweis des Todes des Erblassers selbst oder etwa um die Frage, ob eine Ehe durch den Tod des einen Ehegatten für gelöst zu erachten sei, handelt. — Hiernächst ist

2. der von einem Ehegatten zum Zwecke seiner Wiederverheirathung zu erbringende Nachweis des Todes des anderen Gatten ausnahmsweise unter Umständen insofern namhaft erleichtert, als schon die eidliche Aussage e i n e s Zeugen ausreichen soll und zwar dann, wenn grosse Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, dass der andere Ehegatte unter Verhältnissen verstorben sei, die der Natur der Sache

nach die Erbringung vollen juristischen Beweises sehr schwierig, wo nicht unmöglich machen.

Das Rescript des Oberconsistorii vom 26. Juni 1703 erwähnt hier namentlich den Fall „des Todes auf dem Wasser, in der Schlacht oder bei herrschender Contagion“, ohne jedoch damit die Berücksichtigung anderer ähnlicher Fälle auszuschliessen. Noch weiter gehet ein späteres Rescript der vormaligen Landesregierung und des Kirchenrathes vom 12. Juni 1815. Darnach wird in Fällen dieser Art, wenn nicht einmal ein Zeuge aufzufinden sei, unter Umständen schon der Bestärkungseid des anderen Ehegatten für genügend erklärt, jedoch mit der Modification, dass, wenn der angeblich verstorbene Ehegatte in den Krieg gezogen war und die zurückgebliebene Ehefrau über die Bewandniss seines Todes selbst keinen Aufschluss zu geben vermag, noch ein Jahr lang von der Rückkehr der Truppen aus dem Felde an gewartet und sie erst dann zur Bescheinigung resp. eidlichen Bestärkung des behaupteten Mangels jeder Nachricht von dem Leben des Abwesenden zugelassen werden soll.

§. 17. Von der Todeserklärung.
(Haubold §. 53.)

Die im §. 16 gedachten Beweiserleichterungen müssen sich wegen der beschränkenden objectiven und subjectiven Voraussetzungen, an welche sie gebunden sind, selbstverständlich oft als unzulänglich erweisen. Zur Ausfüllung dieser Lücke dient das Institut der Todeserklärung, das aus der Verschollenheitserklärung des älteren Rechtes und der damit verbundenen provisorischen Einweisung der Erben in den Besitz des von dem Verschollenen zurückgelassenen Vermögens sich nach und nach entwickelt hat. Der Gesichtspunct einer an die sogenannte Verschollenheit*) angeknüpften eigenthümlichen cura

*) Bruns in Beckers und Muthers Jahrbüchern, B. I S. 196 ff.

absentis zu Gunsten der nächsten Intestaterben, wie solcher später seit Carpzov eine Zeitlang der vorherrschende gewesen, ist dem einer blossen Beweisergänzung nach und nach gewichen. Obwohl also jetzt vorwiegend processualer Natur, ist die Todeserklärung doch auch jetzt noch von wichtigen, materiellrechtlichen Folgen begleitet.

A. Bisheriges Recht.

Dasselbe beruhte zunächst auf den beiden unter gleichem Datum (13. November 1779) erlassenen Mandaten:

I. Die Edictalcitationen in Civilsachen ausserhalb des concursus creditorum betreffend und

II. Die Verkürzung der curae absentium und deren Vermögensadministration betreffend in Verbindung mit der fast gleichzeitigen Vormundschafts-Ordnung c. XXV. Darnach sollte:

1. für todt erachtet werden können, wer

a. 20 Jahre lang ohne Kunde über sein Leben von seinem letzten Wohnorte abwesend sei; oder auch schon

b. derjenige, von welchem mindestens seit fünf Jahren keine Nachricht vorhanden sei, sobald er während dieser Frist oder auch vor Beginn ihres Laufes das 70. Altersjahr erfüllt habe.

c. Die 20jährige sowohl als die 5jährige Frist berechnete man an sich von dem Weggange des Abwesenden, beim Vorhandensein einer späteren Nachricht über sein Leben aber erst von dieser an, und zwar von dem Tage des Eintreffens derselben an seinem früheren Aufenthaltsorte. Auch wurden in die 20jährige Frist die etwaigen Jahre der Minderjährigkeit nach bestehender Praxis mit eingerechnet.

2. Der Ablauf der ad 1 gedachten Frist gab den Erben des Vermissten das Recht auf Ausbringung gerichtlicher Todeserklärung behufs der Verabfolgung (sogenannte

„Zuschlagung") des von dem Abwesenden zurückgelassenen Vermögens. Die richterliche Sentenz, welche dem Antragsteller die Hinterlassenschaft zusprach, setzt nach der dem Mandate sub II zu Grunde liegenden Auffassung vorgängigen Edictalerlass nicht nothwendig voraus (verb. „verabfolget und zugeschlagen, auch solchenfalls auf Ansuchen derer Letztern: sc. der Erben: mit Erlassung derer Edictalcitationen etc. verfahren werden —). Sie war, wenn sie ohne vorausgegangene Edictalaufforderung gefällt wurde, nur deklarativer Natur, und zwar bestimmte sich der Zeitpunct der Delation der Erbschaft des Abwesenden, sowie die davon abhängige Berechnung der Gradesnähe bei vorhandener Mehrheit von Erbinteressenten lediglich nach dem Ablaufe obiger Frist, und nicht nach dem Eintritte der Rechtskraft des Erkenntnisses (Befehl vom 16. Juni 1790 und Erfolgemandat § 27. —). Hiermit stand es zwar vollkommen im Einklange, dass man bis zu diesem Zeitpuncte die Abwesenheitsvormundschaft fortdauern liess. Man ging aber noch weiter und glaubte es auch der Consequenz schuldig zu sein, den Abwesenden auch noch in anderen Beziehungen bis dahin als lebend zu präsumiren; namentlich liess man bis zum Eintritte der Todesvermuthung den Abwesenheitsvormund selbst zum Antritte der dem Abwesenden inmittelst etwa angefallenen Erbschaften ohne weiteres zu.

3. Ein hinzutretender Erlass von Edictalien konnte einen doppelten Zweck haben:

a. den der Präklusion des Abwesenden selbst,

b. den der Präklusion etwaiger unbekannter oder gleichberechtigter Erben.

Nur in der ad a., gedachten Richtung kommt er hier für uns in Frage. Eine in Folge vorausgegangener Edictalaufforderung eintretende Präklusion schloss nämlich den Verschollenen, dafern er sich nicht innerhalb eines Jahres von Rechtskraft der Präklusion ab noch meldete (sog.

Restitutionsjahr), sowohl von dem zurückgelassenen, als auch von dem bis zum Eintritte der Todesvermuthung ihm angefallenen sonstigen Vermögen definitiv aus, d. h. die einfache Todesvermuthung, deren Eintritt durch die richterliche Todeserklärung als constatirt galt, wurde nun in Rücksicht der darauf zu begründenden Vermögenssuccession zu einer praesumtio juris et de jure erhoben. Insofern also erst hierdurch das Recht des Erben zu einem festen, auch für den Fall der späteren Rückkehr des Todtgeglaubten unwiderruflichen, gemacht wurde, konnte man das auf ein solches Verfahren gestützte Erkenntniss als constitutiv wirkend bezeichnen.

4. Die Todeserklärung, welcher übrigens schon nach zeitheriger Praxis fast in allen Fällen der Edictalerlass — wegen der damit verbundenen grossen Vortheile — vorauszugehen pflegte, konnte der Regel nach nur auf Antrag der Erbinteressenten erfolgen, jedoch durfte der Richter bei Mangel solcher Personen ausnahmsweise im Interesse des Fiskus auch von Amtswegen verfahren. Wegen der sonstigen, lediglich das Verfahren angehenden Grundsätze vgl. Osterloh, summarische Prozesse §. 122 ff.

B. Das bürgerliche Gesetzbuch

unterscheidet sich von dem bisherigen Rechte im Wesentlichen in folgenden Punkten:

1. durch Vermehrung der Fälle, in welchen auf Todeserklärung angetragen werden kann, oder, — wie man sich nunmehr technisch auszudrücken hat — in welchen ein Abwesender für verschollen gelten soll. Dies soll nämlich:

a. nicht bloss in den oben sub A. 1, ad a. und b., gedachten Fällen (Gesetzbuch §§. 38 und 39), sondern auch ausserdem noch

b. gegen denjenigen eintreten, der in den Krieg gezogen ist, oder sich auf einem untergehenden Schiffe oder

in einer anderen dringenden Todesgefahr befunden hat (z. B. Fall einer schweren Verwundung in der Schlacht), dafern binnen fünfjähriger Frist seit dem Friedensschlusse resp. von Zeit der Gefahr an keine Nachricht von seinem Leben eingeht (Gesetzbuch §§. 40, 41). Durch Aufnahme dieser Bestimmungen wird zugleich in Zukunft der Erlass transitorischer Gesetze, welche z. B. die Kriegsjahre von 1812 und 1813 bei uns nöthig machten, erspart (Patent vom 9. September 1826 und Erbfolgemandat §. 27. —).

2. Durch die Fristberechnung; denn abgesehen von dem Verbote der Einrechnung der Jahre der Minderjährigkeit in die 20jährige Frist (Gesetzbuch §. 38, Abs. 2) kommen auch in den zuletzt erwähnten Fällen sub 1, b. insofern abweichende Grundsätze zur Anwendung, als die dort gedachte fünfjährige Frist nicht etwa, wie in den Fällen sub 1 a, nach Eingang einer Nachricht von dem Leben des Verschollenen von Neuem zu laufen beginnen kann, sondern mit Eintreffen einer solchen während des Laufes der Frist überhaupt die Möglichkeit wegfällt, die Verschollenheit noch ferner auf die daselbst getroffenen Bestimmungen zu gründen.

3. Durch die Wirkung der Todeserklärung. Letztere vermittelt nämlich unter allen Umständen künftig nur eine einfache, durch Gegenbeweis zerstörbare praesumtio juris dafür, dass der Verschollene mit Ablauf der den Antrag begründenden 20 resp. 5jährigen Frist verstorben sei, bis dahin aber auch gelebt habe. Dieser Gegenbeweis kann entweder darauf, dass der Todtgeglaubte noch jetzt lebe oder auf den wahren (mit dem obigen präsumtiven nicht zusammenfallenden früheren oder späteren) Todestag gerichtet sein, vorausgesetzt, dass sich hierdurch im letzteren Falle der Zeitpunct z. B. der Erbschafts-Delation in einer für den Gegenbeweisführer günstigen Weise ändert.

Dagegen wird nach den Schlussworten des §. 44 des Gesetzbuches nach einmal erfolgter richterlicher Todes-

erklärung ein Gegenbeweis nur zu dem Zwecke, um einen anderen gleichfalls nur präsumtiven Todestag an die Stelle des durch die Todeserklärung fixirten zu substituiren, nicht gestattet werden können.

Dass übrigens bis zum Eintritte der Verschollenheitswirkung gegen den Abwesenden zugleich auch zu seinen Gunsten an der Lebenspräsumtion festgehalten werde und deshalb der Abwesenheitsvormund nach wie vor zum Antritte der bis dahin dem Verschollenen anfallenden Erbschaften zuzulassen sei, ergiebt sich theils aus den speciellen Motiven (S. 572), theils aus der Wortfassung der §§ 37, 1990 und 1993 des B.G.B. Die bisher verschieden beantwortete Frage, ob der Zweck der Todeserklärung nur auf Eröffnung der Successionsmöglichkeit gehe, oder ob ihre Wirkung sich auch auf andere Rechtsverhältnisse erstrecke, z. B. Lösung einer Ehe u. s. f. (Osterloh, summar. Proc. §. 122, Anm. 13 verb. m. §. 147, Anm. 26. — Weber Kirchrt. 1. Aufl. Bd. II., 3. Abth. S. 1188, Anm. 67—), ist durch das Gesetzbuch zu Gunsten einer erweiterten Wirksamkeit der Todeserklärung entschieden worden (§. 1708 ff. des B.G.B.).

4. Durch Aufnahme des Grundsatzes: dass jede Todeserklärung den A n t r a g e i n e s B e t h e i l i g t e n voraussetzt (§ 42 des Gesetzbuchs), weshalb auch künftighin das Interèsse des Fiskus in den geeigneten Fällen durch einen demselben nach Befinden zu bestellenden Actor zu wahren sein wird.

§. 18. Die Alters- und Geschlechtsverschiedenheit, Verwandtschaft und Schwägerschaft.

(Haubold §. 52.)

I. Neben den dem gemeinen Rechte völlig entsprechenden Altersstufen der infantia (Gesetzbuch §. 47), sowie rücksichtlich der Fähigkeit zu Uebernahme von Vormundschaften (25 Altersjahr, Vormdsch. Ordg. Cap. VIII,

1. — Gesetzbuch §. 1885, Nr. 2) kennt unser jetziges wie zeitheriges Particularrecht mehrere privatrechtliche Beziehungen, in welchen die Altersverschiedenheit in einer von dem gemeinen Rechte abweichenden Weise Bedeutung gewinnt:

1. Der gemeinrechtliche Unterschied zwischen pubertas und major aetas kommt bei uns nicht mehr in Betracht, da das Bedürfniss einer von Amtswegen anzuordnenden Bevormundung, soweit nicht der Betreffende noch unter väterlicher Gewalt steht, ingleichen die Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit einer Person bis zu deren Grossjährigkeit jetzt gleichmässig andauert. Die letztere tritt aber bei uns ohne Unterschied des Geschlechtes schon mit erfülltem 21. Altersjahre ein, so schon nach dem Sachsenspiegel B. I. art. 42 und auch später noch nach der Vormundschaftsordnung Cap. III. und nach dem Gesetzbuche §. 47. Der Terminologie des Sachsenspiegels a. a. O. „zu seinen Tagen kommen“ entspricht der Ausdruck unserer älteren Gesetze: „zu seinen mündigen Jahren kommen“ (const. 10 pte. II.). Vom erfülltem 18 Lebensjahre an ist aber wenigstens die Möglichkeit einer Mündigsprechung durch den Landesherrn gegeben (Vormdsch. O. Cap. XIX. §. 3. — Gesetzbuch §. 1968.).

2. Die Fähigkeit zur Errichtung einseitiger letztwilliger Verfügungen ist bei dem männlichen und weiblichen Geschlechte gleichmässig an das 14. Altersjahr geknüpft (Vormdsch. O. Cap. XIII. §. 15. — Gesetzbuch §. 2066. —), die zur Abschliessung von Erbverträgen aber ist den Minderjährigen abweichend vom Rechte der Vormundschaftsordnung (a. a. O.), welche ihnen solche wenigstens unter Concurrenz ihrer Vormünder gestattete, vom Gesetzbuche §. 2545 ganz entzogen.

3. Die Fähigkeit, eine gültige Ehe zu schliessen, begann bisher bei dem weiblichen Geschlechte mit dem 14., bei dem männlichen mit dem

18. Altersjahre (Vormdsch. O. Cap. XIII. §. 11), während die Vorschrift des Mandats vom 20. September 1826, welches den Mannspersonen die Verehelichung vor erreichter Volljährigkeit untersagte, rein polizeilicher Natur war. Das Gesetzbuch §. 1589 setzt die Heirathsfähigkeit bei dem weiblichen Geschlechte auf das 16., bei dem männlichen auf das 21. Altersjahr und behält für das männliche Geschlecht das 18. Lebensjahr nur rücksichtlich der Verlöbnissfähigkeit als einen besonderen Termin bei (§. 1570 des B.G.B.). Ueber die Wirkung einer vor den angegebenen Zeitpuncten abgeschlossenen Ehe vergleiche das Nähere im Familienrechte.

II. Die Geschlechtsverschiedenheit, die sich bis zu der durch das Gesetz vom 8. Januar 1838 erfolgten Aufhebung des Instituts der Geschlechtsvormundschaft in privatrechtlicher Hinsicht sehr stark zu Ungunsten der Frauen noch geltend machte (vergl. für das ältere Recht Haubold Lehrbuch §§. 153 ff., Gesetz vom 10. November 1828), bringt jetzt, abgesehen von dem oben sub I. hinsichtlich der Heirathsfähigkeit Erwähnten nur noch in sehr untergeordneten Puncten eine gewisse Rechtsungleichheit trotz der im §. 46 des Gesetzbuches ausgesprochenen Regel mit sich.

Es ermangeln nämlich die Frauen:

1. der Fähigkeit, Testamentszeugen zu sein, (Gesetzbuch §. 2102), ferner

2. derjenigen, das Amt eines Schiedsrichters zu übernehmen (§. 1419), sowie

3. regelmässig wenigstens der Fähigkeit zur Uebernahme von Vormundschaften (Vmdsch. O. Cap. VIII. §. 1 und Gesetzbuch §. 1885 Nr. 1.).

III. Die Begriffe von Verwandtschaft und Schwägerschaft, wie sie unser bisher geltendes Recht kannte und das Gesetzbuch §§. 48–50 sie aufstellt, entsprechen im Allgemeinen denen des gemeinen Rechtes, insbeson-

dere finden sich bei der Verwandtschaft die Unterscheidungen zwischen natürlicher und juristischer, wenn auch zum Theile mit verändertem Inhalte dieser Begriffe (§§. 1787 ff. des B.G.B.) wieder, wie denn auch bei der natürlichen Verwandtschaft die Gegensätze zwischen der auf ehelicher und ausserehelicher Zeugung beruhenden, ferner zwischen mehrfacher und einfacher und hinwieder zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft rechtlich bedeutsam werden können (§§. 1858 ff., 2020, 2031 u. s. f.). Nur insofern macht das Gesetzbuch in Bezug auf die Berechnung der Gradesnähe der Verwandtschaft resp. Schwägerschaft eine Abweichung von unserem zeither geltenden Rechte, als das letztere im Gebiete des Eherechtes für die Berechnung der Verwandtschaft oder Schwägerschaft in der Seitenlinie noch die sogenannte computatio canonica festhielt, d. h. also in der Seitenlinie nur die Zeugungen auf der einen Seite und zwar bei Ungleichheit der Linien nur auf der längeren Seite zählte, während das Gesetzbuch auch in dieser Beziehung, also ausnahmslos, der Römischrechtlichen Computationsweise folgt, sonach die Gesammtzahl der zwischen beiden Personen mitten inne liegenden Zeugungen beider Linien entscheiden lässt.

§. 19. Von der Ehrenminderung.

Die noch bei Haubold Lehrbuch §. 113 vorgetragenen Grundsätze über Ehrenminderung und deren Einfluss auf die Rechtsfähigkeit des Menschen sind jetzt fast durchaus unpractisch geworden: eine besondere „Strafe der Infamie“ giebt es bereits seit dem Criminalgesetzbuche von 1838 nicht mehr bei uns; ebenso ist die mit der unehelichen Geburt und dem Abdeckergewerbe früher verbunden gewesene sog. Anrüchtigkeit schon durch das Mandat vom 23. März 1831 und das Gesetz vom 28. Februar 1840 beseitigt.

Zwar kennt auch unser heutiges Recht noch einen Verlust der staatsbürgerlichen resp. bürgerlichen Ehrenrechte und zwar ist derselbe:

A. theils kraft des Gesetzes an erlittene Zuchthausstrafe, bisweilen sogar an bloss zuerkannte Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe, oder zwangsweise Detention in einer öffentlichen Besserungs- und Arbeitsanstalt, Bankerott u. s. w. geknüpft (Revidirtes Strafgesetzbuch vom 1. October 1868 Art. 86*). — Wahlgesetz vom 19. October 1861 §. 2. — Gesetz die Bildung der Geschworenenlisten etc. betr. vom 14. September 1868 §. 2 no: 3, Gesetz die Wahl von Gerichtsschöffen etc. betr. vom 1. October 1868 §. 1.),

B. theils kann derselbe vermöge eines Beschlusses derjenigen Corporation, der die betreffende Person angehört, in gewissen Fällen eintreten (Städteordnung von 1832 §. 74. — Landgemeindeordnung von 1838 §. 29 no. 6. — Advocatenordnung vom 3. Juni 1859 §. 2. —). Jedoch äussern sich die Folgen dieser Ehrenminderungen zunächst nur auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, hauptsächlich in dem Verluste der activen und passiven Wahlfähigkeit (Jphofen, Zeitschrift für Rechtspflege XXIV. S. 299 ff. XXV. S. 314 ff. —); auf die Privatrechtssphäre dagegen gewinnt eine erlittene Ehrenminderung nur noch in verhältnissmässig wenigen Fällen Einfluss:

1. unmittelbar z. B. durch die mit der erlittenen Zuchthausstrafe kraft des Gesetzes eintretenden Verwirkung des Staatsdienstes und anderer öffentlicher Aemter und des damit verbundenen Gehaltes resp. Pensionsanspruches (Revidirtes Strafgesetzbuch art. 36.), oder durch die mit der Verurtheilung wegen Meineides gleichfalls gesetzlich verbundenen Einbusse der Fähigkeit, wie über-

*) Dagegen bezüglich der beschränkten Klagfreisprechung zu vergl. jetzt Verordnung vom 28. October 1868 und Revidirte Strafprozessordnung vom 1. October 1868 Art. 302.

haupt als Zeuge so auch als Testamentszeuge zu dienen (Revid. Strafgesetzbuch art. 226. — B.G.B. §. 2102. —).

2. Mittelbar insofern, als ein gewisses strafwürdiges, resp. unmoralisches Verhalten den Verlust oder die Minderung des öffentlichen Vertrauens zur Folge hat, was

a. theils sich in Fällen äussern wird, wo die Berücksichtigung der moralischen Integrität einer Person richterlichem Ermessen anheimfällt, z. B. bei der Zulassung zu einer Vormundschaft,

b. theils einen civilrechtlich beachtlichen Grund abgeben kann, gewisse contraktliche Verhältnisse einseitig für gelöst zu erklären (Staatsdienergesetz vom 7. März 1835 §§. 22 ff. — Gesinde-Ordnung vom 10. Januar 1835 §. 96, sub VII., — Gewerbegesetz vom 15. October 1861 §. 66, a — Handelsgesetzbuch Art. 64, 6. — B.G.B. §. 1381. —).

§. 20. Confessions- und Religionsverschiedenheit.

(Haubold Lehrbuch §. 108 ff.)

Die im Gesetzbuche §. 51 aufgestellte Regel, dass die Verschiedenheit des religiösen Glaubensbekenntnisses keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründe, galt früher ausnahmslos

A. nur in Ansehung der Bekenner einer der im Königreiche Sachsen anerkannten christlichen Confessionen. Ja, bis zum Mandate vom 16. Februar 1807 befanden sich, abgesehen von der besonderen Oberlausitzer Verfassung, sogar nur die lutherischen Confessionsverwandten im vollen Genusse der bürgerlichen Rechte.

Nachdem jenes Mandat die Gleichstellung der Römisch-katholischen Christen mit den Lutheranern in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Hinsicht ausgesprochen hatte, folgte auch die der Reformirten mittelst Mandates vom 18. März 1811, sowie weiterhin während des Russischen Gouvernements die der Griechisch-katho-

lischen Christen, wenigstens in Ansehung der bürgerlichen Rechte mittelst Gouvernements-Patentes vom 10/22. April 1814, so dass der Grundsatz des Art. 16 der Bundesakte von 1815 in privatrechtlicher Hinsicht bei uns bereits vorher vollständig zur Durchführung gelangt war.

Die Verfassungs-Urkunde vom 4. September 1831 §. 33 garantirte sodann nochmals den Mitgliedern der im Königreiche Sachsen aufgenommenen „christlichen Kirchengesellschaften" ausdrücklich den Genuss gleicher bürgerlicher und politischer Rechte.

Neuerdings ist hierzu als fünfte rechtlich anerkannte christliche Confessionsgemeinschaft die der Deutschkatholiken gekommen, deren Rechtsverhältnisse durch Gesetz vom 2. November 1848 in Verbindung mit den bestätigten Statuten derselben vom 21. Februar 1849 und vom 17. September 1859 (letztere abgedruckt im Gesetz- und Verordnungsblatte von 1859 S. 327 ff.) geregelt worden sind.

B. In Ansehung der Juden dagegen war bis vor Kurzem die in dem Gesetzbuche §. 51 ausgesprochene Regel noch durch zahlreiche Ausnahmen alterirt. Man hatte nämlich zwischen den sogenannten inländischen*), (d. h. den früher sogenannten Schutzjuden, jetzt Sächsischen Staatsangehörigen) und den ausländischen Juden zu unterscheiden. Bis zum Jahre 1838 nämlich waren die Angehörigen beider Classen, abgesehen von sonstigen Rechtsbeschränkungen, nicht bloss von der Führung von Vormundschaften über Christen, sondern auch, mit alleiniger Ausnahme des den inländischen Juden schon früher verstatteten Besitzes eines Bethauses, von dem Erwerbe inländischer Grundstücke gänzlich ausgeschlossen (Zu

*) welche den sogenannten Leibzoll an den König zu zahlen hatten.

vergl. Rescript vom 2. Juni 1828, die Fähigkeit der Juden zu Erlangung dinglicher Rechte an Grundstücken betr.).

Erst durch das Gesetz vom 16. August 1838 erhielten die inländischen Juden das Recht, in einer der beiden Städte Leipzig oder Dresden ein Grundstück zu haben, jedoch mit der Beschränkung, dass sie dasselbe nicht vor Ablauf von zehn Jahren wieder veräussern dürften.

In Verfolg der mittelst Verordnung vom 2. März 1849 geschehenen Publication der Grundrechte des Deutschen Volkes erkannte zwar die dazu gehörige Ausführungsverordnung vom 20. April 1849 sub VI. die völlige Gleichstellung der inländischen Juden mit den Christen hinsichtlich des Genusses der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ausdrücklich an, liess es aber in Ansehung der Rechtsverhältnisse der ausländischen Juden, soweit sie Ländern angehörten, in welchen die Grundrechte noch nicht galten, bei dem früheren Rechte bewenden*). Auch bei der späteren Ausserkraftsetzung der Grundrechte hielt das bezügliche Gesetz vom 12. Mai 1851 §. 3 jene Bestimmung der Ausführungsverordnung ausdrücklich nur hinsichtlich derjenigen Juden aufrecht, welche Sächsische Staatsangehörige seien, während rücksichtlich aller übrigen die früheren Rechtsbeschränkungen, wie sie vor Publication der Grundrechte bereits galten, wieder eintraten. Demgemäss hielten auch bis vor Kurzem unsere Justizbehörden gegenüber einem aus §§. 10 und 13 des Gesetzes über Erwerb und Verlust des Unterthanenrechtes vom 2. Juli 1852 abgeleiteten neuen Zweifel fortdauernd an dem Grundsatze fest, dass den ausländischen Juden ohne gleichzeitige Erlangung der Staatsangehörig-

---

*) zu vergl. nunmehr Gesetz vom 3. December 1868, einige Abänderungen der Verfassungsurkunde vom 4. September 1831 etc. betr. No. II.

keit in Sachsen der Erwerb von Immobilien im Inlande nicht verstattet sei (Wochenbl. 1859 S. 377 ff.).

Indessen hat in neuerer Zeit das Justizministerium im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern sich für die gegentheilige Ansicht entschieden (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung XXVIII. S. 64 ff.) und somit ausgesprochen, dass ausländischen Juden auch ohne gleichzeitigen Erwerb des diesseitigen Unterthanenrechtes der Erwerb inländischer Immobilien in den §. 10 des zuletzt gedachten Gesetzes vorgesehenen Fällen zu verstatten sei, wie denn auch durch Verordnung: die Ausführung der Verfassung des Norddeutschen Bundes betr., vom 5. Juli 1867, die beschränkenden Bestimmungen des Gesetzes vom 16. August 1838 §§. 1 und 3, und des damit in Zusammenhang stehenden §. 13 des obigen Gesetzes vom 2. Juli 1852 bezüglich der dem Israelitischen Glaubensbekenntnisse Angehörigen Norddeutscher Bundesstaaten ausser Kraft gesetzt worden sind. Nicht minder ist bei der ständischen Berathung des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuche die in demselben wieder aufgenommene Ausschliessung der Juden von der Führung von Vormundschaften über Christen ausdrücklich in Wegfall gebracht worden (§. 1885), während freilich das Verbot der Ehe zwischen Juden und Christen fortdauernd in §. 1617 des B.G.B. aufrecht erhalten geblieben ist.

II. Juristische Personen.

§. 21. A. Allgemeine Grundsätze.

Für unsere Lehre kommt neben dem Gesetzbuche §§. 52—57 jetzt ausser einer Reihe von Specialgesetzen besonders noch das Gesetz vom 15. Juni 1868 „über die juristischen Personen“ in Betracht.

I. Im Gebiete des Privatrechtes sind es durchweg nur vermögensrechtliche Beziehungen, welche durch die

Theorie der juristischen Personen ihre Norm finden sollen. Allenthalben kommt es nur darauf an, für einen Vermögensinbegriff, dessen wirthschaftliche Zweckbestimmung mit der Anknüpfung an eine einzelne physische Person oder mehrere dergleichen unverträglich sein würde, durch Aufstellung eines gedachten (fingirten) Subjectes einen ihn beherrschenden Mittelpunkt (Träger) zu gewinnen, um so in den Stand gesetzt zu sein, die an sich nur für das Vermögen einer physischen Person berechneten Vorschriften unseres positiven Rechtes auch auf ein derartiges thatsächlich subjectloses Vermögen anwenden zu können. Je nach Verschiedenheit des Zweckes, welchem dergleichen mit juristischer Persönlichkeit ausgestattetes Vermögen zu dienen bestimmt ist, hat man im Sinne unseres Gesetzbuches zu unterscheiden zwischen Corporationsvermögen, Stiftungs- oder Anstaltsvermögen und der ruhenden Erbschaft. Da von letzterer besonders in §§. 2246—48 des Gesetzbuches gehandelt wird, so kommen in Folgendem nur noch die beiden ersteren Arten in Frage.

II. Durch Privatwillen allein kann die juristische Person nicht in das Leben gerufen werden. Vielmehr wird hierzu immer staatliche Anerkennung vorausgesetzt. Dieser schon unserem zeitherigen Particularrechte geläufige Satz hat namentlich in dem sogenannten Vereinsgesetze vom 22. November 1850 §. 18 rücksichtlich der Personenvereine Ausdruck gefunden. Auch §. 52 des Gesetzbuches bekennt sich zu ihm, ohne im Uebrigen über die Bedingungen und die Form sich auszusprechen, unter denen die staatliche Anerkennung zu erwirken resp. zu ertheilen sei. Während nun für die als integrirende Bestandtheile unseres staatlichen oder religiösen Gemeinwesens historisch gegebenen Rechtssubjecte dieser Art (wie die Stadt- und Landgemeinden, die Kirchen u. s. w.) die staatliche Anerkennung schon von selbst in den auf sie

bezüglichen Satzungen unseres positiven Rechtes liegt, hat man rücksichtlich der sich nun bildenden juristischen Personen (soweit für gewisse Gattungen, z. B. Innungen, Gewerkschaften u. s. w., nicht besondere Specialgesetze existiren) nach dem Gesetze vom 15. Juni 1868 §. 6 verbunden mit A.V.O. dazu, folgendergestalt zu unterscheiden:

a. für Stiftungen und Anstalten, welche zu dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken selbstständig errichtet werden, genügt die blosse (auch durch concludende Handlungen mögliche) Genehmigung der Stiftung oder Anstalt und ihres Zweckes seiten desjenigen Ministeriums, zu dessen Ressort die Stiftung oder Anstalt ihrem Zwecke nach gehört.

b. Anderen Zwecken dienende Stiftungen, Anstalten oder Vermögensmassen bedürfen der ausdrücklichen Anerkennung als juristischer Personen Seiten des genannten Ministeriums.

c. Personenvereine oder Genossenschaften dagegen erlangen die juristische Persönlichkeit erst durch den richterlichen Eintrag in das sogenannte Genossenschaftsregister.

III. Die Annahme einer juristischen, d. h. also insoweit bloss gedachten, Person enthält an sich die Negation einer derselben zukommenden natürlichen Willens- und Handlungsfähigkeit. Dies gilt namentlich auch von den Corporationen, wo der Gesammtwille der einzelnen jeweiligen Mitglieder nicht — wie dies von mehreren gemeinrechtlichen Schriftstellern behauptet wird — der Wille der juristischen Person selbst ist, sondern denselben gleichfalls nur repräsentirt, und zwar auch nur wenn und insoweit die Verfassung der Corporation solches gestattet (§§. 53 und 54 des Gesetzbuches.). Hier, wie bei den Stiftungen, Anstalten u. s. w., deren Willens- und Handlungsfähigkeit ebenfalls nur durch die ihnen verordneten

Vertreter juristisch vermittelt wird, hat man zwar im Allgemeinen, soweit die Natur der Sache nicht ein Anderes bedingt, die von der freien Stellvertretung geltenden Grundsätze analog anzuwenden, immer jedoch mit der Massgabe, dass da, wo das Gesetzbuch die freien Stellvertreter und die sogenannten gesetzlichen (nothwendigen) Vertreter zu einander in Gegensatz bringt, z. B. in den §§. 154 und 189, die Vertreter der juristischen Personen der zweiten Kategorie beizuzählen sind, indem die bezüglich ihrer sich in dem Gesetzbuche hier und da findende abweichende Terminologie als „verfassungsmässige Vertreter" (§§. 55 und 101 des B.G.B.) nur auf den Ursprung ihrer Legitimation zurückweist, ohne daran Etwas ändern zu wollen, dass sie gleich dem Vormunde einer juristisch willensunfähigen Person diese voll repräsentiren (§. 193 des B.G.B.).

IV. Es ist eine nothwendige Folge des zu II gedachten Principes, dass die juristische Person, wie ihre Entstehung von der staatlichen Anerkennung abhängt, auch mit der Entziehung der letzteren wieder erlischt. Etwas Weiteres, als diesen, übrigens auch der gemeinrechtlichen Doctrin geläufigen Satz hat das Gesetzbuch §. 56 nicht aussprechen wollen und es soll also auf diese Weise nicht etwa der lediglich nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu beantwortenden Frage vorgegriffen werden: ob und in wie weit der Staat im einzelnen Falle zu einer derartigen Massregel zu verschreiten berechtigt sei.

Auch treten der hieraus und aus der weiteren Vorschrift in §. 57 etwa abzuleitenden Besorgniss einer eigenmächtigen Spoliirung der juristischen Person seiten des Staates theils die rücksichtlich der Stiftungen und Innungen anderwärts sich findenden gesetzlichen Specialbestimmungen (siehe unten §. 22, I. b. III.), theils die speciellen Motive Seite 582 mit der ausdrücklichen Bemerkung entgegen, dass überhaupt beim Erlöschen einer Corporation

das ihr zugehörig gewesene Vermögen dann, wenn dasselbe zu öffentlichen Zwecken bestimmt war, nicht vom Staate an sich gezogen, sondern einstweilen bis zum etwaigen Wiederaufleben der Corporation als Stiftung fortverwaltet werden müsse.

§. 22. B. Die einzelnen Arten der juristischen Personen.

I. Der Staat, oder Staatsfiscus. Haubold: Lehrbuch, §. 164.

Mit beiden Ausdrücken will man sachlich dasselbe bezeichnen und ihre Verschiedenheit beruht nur darauf, dass man sich das eine Mal den Staat als universitas personarum, wenn auch natürlich hier nur im Sinne privatrechtlicher, d. h. vermögensrechtlicher Beziehungen, das andere Mal die Staatscasse, das ist der Inbegriff des gesammten Staatsvermögens nach Art der Stiftungen personificirt denkt. Letztere Vorstellungsweise war die unserer zeitherigen Gesetzessprache adäquatere (z. B. Ges. sub C vom 28. Januar 1835 §. 5, wo von dem durch die Verordnung vom 24. Juli 1867 inmittelst aufgehobenen privilegirten Gerichtsstande des Staatsfiscus und anderer von höheren Behörden verwalteter Cassen die Rede ist); die erstere Auffassung dagegen, welche dem Gesetzbuche zu Grunde liegt, verdient insofern vielleicht den Vorzug, als sie wenigstens nicht zu der Annahme einer doppelten Persönlichkeit, nämlich des Staates theils als universitas personarum in seiner öffentlich rechtlichen Function, theils seines Vermögens, also in privatrechtlicher Beziehung nöthigt.

Ueber die Bestandtheile des eigentlichen Staatsgutes im Gegensatze zum königlichen Hausfideicommisse einerseits und dem Privatvermögen des Königs andererseits zu vergl. Verfassungsurkunde §§. 16—21.

Die Vertretung des Staatsfiscus nach aussen liegt je nach den verschiedenen Zweigen der Staatsverwaltung in den Händen der hierfür verfassungsmässig geordneten Be-

hörden, vorzugsweise aber in denen des Finanzministeriums, welches auch für die von dem Fiscus zu führenden Processe jedesmal einen besonderen Anwalt (procurator fisci) bestellt. Die grosse Mehrzahl der gemeinrechtlichen Fiscalprivilegien hatte bereits unser Gerichtsbrauch vor dem Erscheinen des Gesetzbuches beseitigt (so die Befreiung von der Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen, sowie umgekehrt das Recht: von seinen Schuldnern Legalzinsen auch ohne mora fordern zu dürfen, ferner das auf const. 2 C. de quadriennii praescr. VII, 37 gestützte Vorrecht). Dagegen hatte unser zeitheriges Recht noch die vierzigjährige, ja nach der Ansicht mehrerer Spruchbehörden sogar vierundvierzigjährige Dauer der wider den Fiscus laufenden Verjährung beibehalten. Das Gesetzbuch hat auch diese Rechtsungleichheit in Wegfall gebracht. Es kann daher (abgesehen von den nicht in das Bereich des Gesetzbuches fallenden Vorrechten, wie des beneficium restitutionis in integrum ex persona in Processen, ferner das dem Fiscus wegen seiner Abgabenforderungen und seiner Ansprüche an seine Vermögensadministratoren zustehende privilegium exigendi im Concurse) höchstens nur noch Folgendes hierher gerechnet werden:

1. das Recht auf Einziehung der sogenannten herrenlosen oder erblosen resp. verwirkten Sachen, z. B. §§. 57, 237, 243 und 2618, hiernächst

2. die im §. 393 dem Staate eingeräumte Berechtigung: auf dem Grundstücke seiner bei einer Vermögens- oder Cassenverwaltung angestellten Diener eine Cautionshypothek auf Grund gesetzlicher Rechtstitel eintragen zu lassen.

§. 23. Fortsetzung.

II. Corporationen (Genossenschaften).

1. Für die Corporation in ihrer privatrechtlichen Function als künstliches Vermögenssubject gilt vollständig

das oben §. 21, I Gesagte: dass nämlich das ihr zugeschriebene Vermögen, wie bei den Stiftungen, an sich subjectlos ist, namentlich also nicht den einzelnen jeweiligen Mitgliedern zugehörig gedacht werden darf. Wenn gleichwohl unser Particularrecht, übrigens insoweit im Einklange mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, neben den personificirten reinen Vermögensmassen (Stiftungen, Anstalten, ruhende Erbschaft) die universitas personarum als zweite Haupterscheinungsform der juristischen Person dergestalt unterscheidet, dass es dieselbe jener ersteren, der universitas bonorum, als coordinirte Unterart gegenüberstellt, so rechtfertigt sich dieses zwar vollkommen durch die Erwägung, dass für diese zweite Gattung in der That wesentlich abweichende Grundsätze rücksichtlich ihrer Existenzbedingungen (Entstehung, Vertretung, Erlöschen) deshalb sich geltend machen, weil zu der häufig ganz ausserhalb des privatrechtlichen Gebietes sich vollziehenden Bildung einer solchen Personenvereinigung die ihr von der bürgerlichen Rechtsordnung beigelegte Vermögensfähigkeit oft nur als das secundäre Moment hinzutritt, während für die erstere Gattung das Vorhandensein eines selbstständigen Vermögenscomplexes gerade umgekehrt die wesentliche Grundlage und Voraussetzung bildet. Indessen darf diese begriffliche Scheidung nicht dazu verleiten: jenen für die privatrechtliche Betrachtungsweise beider Arten gemeinsamen Gesichtspunct (den der thatsächlichen Subjectlosigkeit des ihnen zugeschriebenen Vermögens) für die Corporation etwa ganz fallen zu lassen, weil gerade in ihm das einzig sichere Kriterium häufig liegt, um die communio, Societät und andere ihr nachgebildete Genossenschaften von den mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Personenvereinigungen im einzelnen Falle zu unterscheiden.

Die Bestimmungen in §§. 53 und 55 des Gesetzbuches über die Vertretung der Personenvereine, ferner

den bei etwaigen Beschlussfassungen ihrer Mitglieder einzuhaltenden Abstimmungsmodus und das dabei entscheidende Stimmenverhältniss haben nur einen Aushülfscharakter, d. h. sind nur auf den Fall berechnet, wenn nach der Organisation der betreffenden Corporation nicht gesetzlich oder statutarisch etwas Entgegenstehendes geordnet sein sollte. Im Vergleich zu der von unserer zeitherigen Praxis (Kori, Erörterungen II, S. 9 ff.) festgehaltenen Ansicht, wonach abgesehen von dem in der Erl. Processordnung VII §. 6 ausdrücklich normirten Falle einer Syndicatserrichtung, in der Regel absolute Stimmenmehrheit sämmtlicher Vereinsmitglieder erfordert wurde, enthält unser §. 58 schon insofern eine wesentliche Milderung, als darnach bloss relative Stimmenmehrheit und zwar in der Weise entscheidet, dass von den convocirten sämmtlichen Mitgliedern nur die Hälfte zu erscheinen braucht, um eine beschlussfähige Versammlung zu bilden, innerhalb derselben aber die einfache Majorität genügt. Weil aber gleichwohl für eine Anzahl zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzbuches bereits bestehender Privatcorporationen, in denen usuell ein anderes noch schwächeres Stimmenverhältniss herrschend gewesen sein mochte, selbst diese Vorschrift vielleicht noch drückend empfunden worden sein würde, so verfügte man mittelst transitorischen Gesetzes vom 27. Januar 1865: dass bei derartigen Privatcorporationen, soweit das Statut nicht ein Anderes bestimme, jede gehörig berufene Versammlung auch bei einer geringeren Anzahl der erschienenen Mitglieder bereits beschlussfähig sein solle, während für alle erst später entstandenen Corporationen dieser Art, wie auch das Gesetz vom 15. Juni 1868 §. 11 unter VIII. ausdrücklich anerkennt, allerdings das Gesetzbuch a. a. O. subsidiär Anwendung zu leiden haben würde.

Hierbei ist natürlich allenthalben vorausgesetzt, dass sich der Beschluss seiner Tendenz nach innerhalb der

Grenzen des Corporationszweckes bewegt, was z. B. bei einem Beschlusse auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Vertheilung des Corporationsvermögens unter die jeweiligen Mitglieder nicht der Fall sein würde, wie denn auch aus diesem Grunde Sonderrechte einzelner Mitglieder durch einen im Uebrigen formell gültig gefassten Majoritätsbeschluss nicht beeinträchtigt werden können (§. 54 des Gesetzbuchs).

2. Der Bereich des Gesetzes vom 15. Juni 1868 ist insofern von vornherein ein beschränkter, als von demselben nach §. 1 alle dem öffentlichen Rechte angehörigen oder durch besondere Gesetze bereits geregelte juristische Personen ausgeschlossen geblieben sind, rücksichtlich deren es vielmehr bei den diesfalls bestehenden Vorschriften zu bewenden haben soll. Hieher gehören

a. die Stadt- und Landgemeinden. Im §. 28 der Städteordnung und §. 56 der Landgemeindeordnung findet sich übereinstimmend der Grundsatz anerkannt, dass die ganze Stadt- resp. Landgemeinde Eigenthümerin des Gemeindevermögens und die jetzt lebende Generation nur berechtigt sei, die Nutzungen desselben zu gemeinsamen städtischen Zwecken, resp. zu den Zwecken der Landgemeinde zu verwenden, dass dagegen das Stammvermögen im Wesentlichen unvermindert erhalten werden müsse. Die Verwaltung des städtischen Vermögens, sowie die Vertretung der Stadtgemeinde nach aussen liegt dem Stadtrathe ob, dem die Stadtverordneten in der Regel nur controlirend zur Seite stehen. Nur bei gewissen besonders wichtigen Verwaltungsacten ist auch deren Zustimmung erforderlich, z. B. Grundstücks-Erwerbungen oder Veräusserungen, Beginn eines Prozesses für die Stadtgemeinde, wenn derselbe nicht ein geringfügiges oder unbestrittenes Object betrifft. In den ländlichen Gemeinden liegt die Verwaltung des Gemeindevermögens in den Händen des Gemeinderathes, dessen Vorstand,

(der sog. Gemeindevorstand) die Gemeinde nach aussen gerichtlich und aussergerichtlich vertritt. Nur in kleinen, nicht mehr als 25 ansässige Mitglieder zählenden Gemeinden wird der Gemeinderath durch die sogenannte Gemeindeversammlung ersetzt. Uebrigens sind jetzt alle in dem städtischen oder ländlichen Gemeindebezirke wesentlich aufhältlichen Personen Mitglieder der Gemeinde (sogenannte politische Gemeinde), nur dass ihnen nicht auch von selbst die Ausübung der sogenannten Gemeindeehrenrechte mit zusteht. Im Gegensatze zu der politischen Gemeinde im obigen Sinne kommen namentlich in den Landgemeinden und den kleinen Ackerbau treibenden Städten die sogenannten Altgemeinden vor. Darunter hat man sich die Genossenschaft derer zu denken, welche von der Zeit her, wo nur die Angesessenen des Ortes den Gemeindeverband bildeten, ein ausschliessliches Recht an gewissen Bestandtheilen des damaligen Gemeindevermögens, und zwar meist solchen Stücken sich bewahrt haben, welche der unmittelbaren Benutzung Seiten der Einzelnen zugänglich sind, z. B. Communwaldungen, Gemeindeweiden u. s. f. Abweichend von der Ansicht der meisten Germanistischen Schriftsteller (vgl. v. Gerber, System §. 49 und die dort Anm. 4 und 8 Angef.) behandeln unsere rechtsprechenden Behörden in Gemässheit von §§. 55 und 56 der Landgemeindeordnung verbunden mit §. 132 des Ablösungsgesetzes vom 17. März 1832, diese Altberechtigten, so lange die politische Gemeinde im einzelnen Falle etwas Gegentheiliges nicht nachzuweisen vermöge, in materiell-rechtlicher Beziehung als einfache Miteigenthümer, resp. sonstige Communionsinteressenten, somit also weder als selbstständige Corporationen in der Gemeinde, noch als blosse Repräsentanten der Ortsgemeinde in Bezug auf ein zwar der Ausübung nach ihnen, der Substanz nach dagegen der Gemeinde zuständiges und von ihr abgeleitetes Nutzungsrecht, eine

Ansicht, die abgesehen von den aus der früheren Gesetzgebung, insbesondere aus dem Ablösungsgesetze von 1832 §§. 132 ff. cit. zu gewinnenden Stützpuncten eine indirecte gesetzliche Anerkennung später auch noch in der A.V.O. vom Hypothekengesetze vom 15. Februar 1844, §. 43 in Verbindung mit dem Eintragsschema S. 88 des Gesetz- und Verordnungsblattes gefunden hat. Nur in processualer Hinsicht stellte man mit Rücksicht auf die Erläuterte Process-Ordnung VII., §. 6 diese Altgemeinden noch fort und fort den universitates, namentlich in Bezug auf die Berechtigung zur Syndikatserrichtung oder auf das beneficium restitutionis in integrum gleich (Bekanntmachung eines Rechtssatzes des O.A.G. vom 23. Februar 1850 im Gesetz- und Verordnungsblatte von 1850, S. 196 —) und es ist auch diese gemischte Natur des Verhältnisses in dem Gesetze vom 15. Juni 1868, §. 2 ausdrücklich mit der Modification anerkannt worden, dass die Mitglieder solcher Altgemeinden unbeschadet des Rechtes derselben, auf Theilung der gemeinschaftlichen Grundstücke anzutragen über Verwaltung und Veräusserung ihres gemeinschaftlichen Vermögens per majora nach §. 55 des Gesetzbuchs gültig Beschluss fassen können. Ferner gehören hierher:

b. die an die Stelle der früheren Zünfte getretenen Innungen, d. h. die nicht mehr mit einem gewerblichen Verbietungsrechte ausgestatteten freien Gewerbsgenossenschaften, über deren Organisation und Vertretung das Gewerbegesetz vom 15. October 1861, §§. 88 ff. das Nähere bestimmt. Im Falle der Auflösung einer derartigen Innung fällt deren Vermögen in der Regel der Gemeinde des Innungssitzes anheim. Gewerbegesetz §. 94, Abs. 3.

c. Die zum Betriebe des Bergbaues sich bildenden Gewerkschaften, deren Mitglieder nach Verhältniss ihrer Gewerkenantheile (Kuxe, je nach Hunderttheilen zerlegt), Theil an dem Gewinne und Verluste, sowie im Falle

ihrer Auflösung an dem Vermögen der Gewerkschaft haben, dafür aber auch verpflichtet sind, nach dem nämlichen Verhältnisse die zum Betriebe oder zur Erfüllung von Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft erforderliche Zubusse zu leisten. Das Recht auf Theilung zu klagen ist dem einzelnen Mitgliede ausdrücklich entzogen. Indess kann der Einzelne nicht bloss durch beliebige Veräusserung des ihm zuständigen Kuxes, welcher jetzt abweichend von unserem älteren Rechte als bewegliche Sache zu behandeln ist, seine Ausscheidung aus der Gewerkschaft herbeiführen, sondern auch durch einfache Lossagung von derselben jederzeit sich von den ihm als Mitglied obliegenden Verbindlichkeiten befreien. Sie werden ausdrücklich (im Gegensatze zu der gemeinrechtlich herrschenden abweichenden Auffassung) bei uns für juristische Personen erklärt und bedürfen zu ihrer Begründung der ausdrücklichen Bestätigung ihrer Statuten durch die Staatsregierung. Zu den von dem allgemeinen Rechte aufgestellten Erlöschungsgründen (§. 56 des Gesetzbuchs) kommt für sie noch ein besonderer hinzu, nämlich der des Aufhörens des Bergbaurechtes. Ueber alles Dies zu vergleichen Berggesetz vom 16. Juni 1868, §§. 9 ff. verbunden mit §. 169.

Ebenso sind

d. die städtischen Braugenossenschaften jetzt, seit ihnen durch das Gewerbegesetz vom 15. October 1861, §. 43 das Recht: über ihre Angelegenheiten durch einfache Stimmenmehrheit zu beschliessen allgemeiner, als dies schon durch das Gesetz vom 27. März 1838, §. 9 geschehen war, beigelegt worden ist, wohl richtiger als eine eigenthümliche Art von Corporationen zu betrachten, so lange sie sich nicht etwa im einzelnen Falle zu einer förmlichen Actiengesellschaft constituiren sollten, wo sie dann nach Befinden unter die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs oder des Gesetzes von 1868 fallen würden:

siehe Krug in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXII. S. 385, Nr. V.

e. Ueber die gleichfalls in vielen Puncten den Corporationen nahegebrachten Jagdgenossenschaften siehe Gesetz, die Ausübung der Jagd betreffend, vom 1. December 1864, §§. 14 ff.

3. Hiernach beschäftigt sich das Gesetz von 1868 in seinem Haupttheile nur mit Privatcorporationen, also solchen Personenvereinigungen, welche kraft eigenen Entschlusses ihrer Mitglieder zu selbstgewähltem Zwecke zusammentreten, dafern für sie je nach ihrer Natur besondere gesetzliche Vorschriften der soeben ad 2. gedachten Art nicht existiren.

a. Der Zweck, den sie verfolgen, braucht nicht nothwendig wieder ein privater, kann vielmehr ebensowohl ein öffentlicher oder gemeinnütziger, nur darf er kein unsittlicher oder auf Gesetzesübertretung gerichteter sein. Eine besondere polizeiliche Genehmigung bedürfen dergleichen Vereine nach unserem Vereinsgesetze vom 22. November 1850, §§. 18 ff. überhaupt nicht und ebenso bleibt es natürlich völlig ihrem Ermessen überlassen, ob sie durch den bei G e r i c h t nachzusuchenden Eintrag in das Genossenschaftsregister die Rechte einer juristischen Person für sich erwirken wollen. Für diesen Fall unterliegen jedoch solche Vereine, deren Zweck sich auf öffentliche Angelegenheiten bezieht, insofern einer gewissen Beschränkung, als sie (abgesehen von der ihnen nach dem Vereinsgesetze §. 19 ohnehin schon obliegenden Verpflichtung der Statuteneinreichung bei der Ortspolizeibehörde) zu ihrem Eintrage in das Genossenschaftsregister ausserdem auch noch der ausdrücklichen Genehmigung des Ministeriums des Innern bedürfen. §. 72 des Gesetzes vom 15. Juni 1868.

b. Der Haupteintheilungsgrund, nach welchem unser Gesetz zwischen den einzelnen Arten solcher Genossen-

schaften unterschieden wissen will, ist davon entlehnt, ob die Vereinsmitglieder durch ihren Eintritt eine beschränkte oder ob sie eine unbeschränkte Haftpflicht in Bezug auf die Aufbringung der zur Verwirklichung des Vereinszweckes erforderlichen Mittel übernehmen, und im ersteren Falle wird weiter unterschieden zwischen solchen Genossenschaften, welche mit einem im Voraus der Summe nach fest bestimmten Gesellschaftscapitale arbeiten, das durch die von den Mitgliedern gegen Empfang entsprechender Antheilscheine zu machenden Geldeinlagen gebildet wird (Actiengesellschaft), und zwischen solchen, bei denen ohne diese Voraussetzung die Beiträge der Mitglieder in bestimmten einmaligen oder wiederkehrenden Leistungen bestehen. In allen diesen Fällen aber, mag dann die Haftpflicht eine auf die eine oder andere Weise beschränkte oder eine unbeschränkte sein, ist bei derselben nicht an eine Verhaftung der einzelnen Genossenschaftsmitglieder unter sich und noch weniger an eine solche den etwaigen Gläubigern der Genossenschaft gegenüber zu denken, sondern nur an eine Beitragspflicht des Einzelnen der Vereinsperson selbst gegenüber (mit andern Worten zur Vereinscasse), so dass selbst bei Genossenschaften mit völlig unbeschränkter Haftpflicht (§§. 61 ff.) den Genossenschaftsgläubigern eine directe Klage wider das einzelne Genossenschaftsmitglied an sich nicht, sondern nur ein Klagrecht gegen die Genossenschaft als Einheit mit eventueller Execution in das Vereinsvermögen zusteht. Indessen erklärt doch das Gesetz im §. 11 a. E. neben jener Beitragspflicht auch die Uebernahme einer directen Haftung Seitens der einzelnen Mitglieder gegen die Genossenschaftsgläubiger allerdings für zulässig, nur muss dann das Statut die nähere Normirung über Inhalt und Dauer dieser Verpflichtung, welche immer bloss als eine für sich bestehende Intercession des Einzelnen für die

Schulden der juristischen Person aufzufassen sein würde, enthalten.

c. Ob die Genossenschaft unter die Kategorie der sogenannten Erwerbsgenossenschaften fällt oder nicht, begründet an sich keinen Unterschied; wenn jedoch der von ihr bezweckte Geschäftsbetrieb seiner Natur nach zu den Handelsgeschäften zählt, so entsteht die Frage: wie sich das Verhältniss der betreffenden Genossenschaft gegenüber den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs gestalte. Hier ist zu unterscheiden: ob man es mit einer Actiengesellschaft zu thun habe, oder nicht. Im ersteren Falle (dem der Handels-Actiengesellschaft) ist deren Rechtsverhältniss ausschliesslich und mit alleiniger Ausnahme der auch für sie massgebenden Bestimmungen in §. 55 unseres Gesetzes nach dem Handelsgesetzbuche zu normiren, so dass also namentlich auch die unter den Lehrern des Handelsrechtes noch immer streitige Frage: ob man die Handels-Actiengesellschaft überhaupt als societas oder nicht auch schon als juristische Person aufzufassen habe, auch für uns eine offene bleibt. Im andern Falle, soweit nicht von vornherein bloss eine gewöhnliche offene Handelsgesellschaft in Frage stehen sollte, sind zwar die Rechtsgeschäfte der Genossenschaft mit Dritten gleichfalls nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu beurtheilen, es ist aber festzuhalten, dass hier die juristische Person als solche (vorausgesetzt, dass die Genossenschaft die Rechte einer solchen überhaupt im einzelnen Falle erlangt hat) als Kaufmann, somit aber als Einzelkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches zu gelten habe, und es kann irreführend werden, wenn §. 5 der A.V.O. vom 23. Juli 1868 anscheinend auch in diesem Falle von Genossenschaften spricht, welche zugleich Handelsgesellschaften seien, während doch die Begriffe der societas und einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatte-

ten Genossenschaft sich einander ausschliessen. Die auf die Nicht-Handels-Actiengesellschaft bezüglichen Vorschriften unseres Gesetzes gehen übrigens in vielen Puncten mit den einschlagenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches conform.

d. Das Genossenschaftsregister wird von den Gerichtsämtern geführt. Die Competenz des einzelnen Gerichtsamtes bestimmt sich nach dem Orte, an welchem die einzelne Genossenschaft den Sitz ihrer Verwaltung hat. Bei ihm sind die Statuten der neu sich bildenden Genossenschaft, dafern sie juristische Person werden will, zur Prüfung, und zwar auf Verlangen in Form gerichtlicher oder notarieller Beurkundung einzureichen: §§. 4, 16, 70, 72 und 73 des Gesetzes von 1868. In das Register, in welchem jede Genossenschaft ihr besonderes Folium angewiesen erhält, sind unter drei verschiedene Rubriken Name, Zweck und Sitz der Genossenschaft, ferner Zahl der Mitglieder, resp. Zahl- und Nominalbetrag der Actien, ingleichen Name und Wohnort der statutenmässigen Vertreter, sowie die in der einen oder anderen Beziehung etwa vorgehenden Veränderungen, in der in der A.V.O. §§. 8 ff. gedachten Weise einzutragen. Dafern die Genossenschaft gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreibt, ist jedoch die Statuteneinreichung bei dem jedesmaligen Handelsgerichte zu bewirken, und es tritt dann Eintragung der Genossenschaft als solcher in das Handelsregister an die Stelle der Einschreibung in das besondere Genossenschaftsregister: §§. 16 und 70 des Gesetzes verbunden mit §§. 5 ff. der A.V.O.

Bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht (vgl. 3, b.) ist ausserdem bei Gericht ein Namensverzeichniss der sämmtlichen Mitglieder und jedesmal am Vierteljahrsschluss eine gleiche Anzeige über die ausgeschiedenen resp. beigetretenen Mitglieder einzureichen: §. 66 des Gesetzes. Genossenschaftsregister, Statut und im letzteren

Falle das Mitgliederverzeichniss ist Jeder bei Gericht einzusehen berechtigt.

e. Solange die Registrirung der Genossenschaft noch nicht erfolgt ist, ist noch keine juristische Person, auch nicht eine sogenannte unvollkommene, also namentlich auch noch nicht ein selbstständiges (subjectloses) Vereinsvermögen vorhanden, sondern die Genossenschaft ist sowohl unter sich als dritten Personen gegenüber vorläufig noch nach den gewöhnlichen Grundsätzen über communio oder societas zu beurtheilen. Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch eine Abänderung dieser Grundsätze im Wege der freien Vereinbarung der Gesellschaftsmitglieder unter sich zulässt, wird freilich für das Rechtsverhältniss noch immer die Unterzeichnung der Statuten von Bedeutung werden können (also z. B. durch ausnahmsweise Zulassung von Majoritätsbeschlüssen — §§. 331 und 1367 des Gesetzbuchs — ferner Nichtauflösung der Gesellschaft durch Ausscheiden einzelner Mitglieder — §. 1386); dagegen wird sich das Recht des Einzelnen auf Theilung zu klagen, nie ganz ausschliessen lassen (§§. 338 und 1382 des B.G.B.). Ebenso bleiben Schulden des Vereins (sobald nicht der mit dem Vereine contrahirende Dritte der nach der Organisation des Vereins vielleicht projectirten beschränkten Haftbarkeit des Einzelnen sich ausdrücklich oder factisch unterworfen hat, oder in der Lage ist, von der dem Artikel 211 des Handelsgesetzbuchs nachgebildeten Vorschrift in §. 15 unseres Gesetzes Gebrauch machen zu können) verhältnissmässig auf dem Gesammtvermögen des einzelnen Genossenschafters ruhen, auch müssen bis zu dem angegebenen Zeitpuncte in den die Genossenschaft betreffenden Processen die einzelnen Genossen klagend auftreten resp. verklagt werden.

f. Im Falle einer Auflösung der Genossenschaft resp. der beschlossenen Vertheilung des Gesellschaftsvermögens sind im Interesse der Gläubiger der Genossenschaft die

Bestimmungen in §§. 13, 31 ff., 51 ff. wahrzunehmen (Liquidationsverfahren). Die Entziehung der juristischen Persönlichkeit kann nach §. 78 nur durch das Gericht dann erfolgen, wenn die juristische Person ihre Wirksamkeit auf gesetzwidrige Zwecke, oder ohne die unter a. vorgeschriebene Ministerialgenehmigung auf öffentliche Angelegenheiten richtet, ferner, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit der juristischen Person ergiebt, in welchem letzteren Falle dann den Vorschriften des Concursrechtes nachzugehen ist (§. 35 unseres Gesetzes).

g. Vom 1. Januar 1869 an unterliegt übrigens eine nicht unbeträchtliche Classe von Genossenschaften, welche bis dahin unserem Gesetze von 1868 unterfällt, soweit sie nicht vorher bereits das Recht der juristischen Person erlangt haben sollten, dem Bundesgesetze vom 4. Juli 1868 „die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften betreffend". Die von diesem letzteren Gesetze getroffenen, auf sogenannte Selbsthülfe berechneten Vereine sind namentlich die Vorschuss- und Credit-, Rohstoff- und Magazin-Vereine, Productivgenossenschaften, Consumvereine, Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder u. s. w. Die Grundsätze, nach denen sie dort geregelt sind, bestehen in einer Combination der von der offenen Handelsgesellschaft und der Handelsactiengesellschaft geltenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Es sind durchweg Vereine mit nicht geschlossener Mitgliederzahl. Sie erlangen durch die für sie vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister nicht die Rechte einer juristischen Person und die einzelnen Genossen haften für die Verbindlichkeiten des Vereins solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen, jedoch nur in subsidium, d. h. insoweit der Gläubiger nicht aus dem zunächst in der Regel in Anspruch zu nehmenden Genossenschaftsfonds seine ausreichende Befriedigung erhalten kann. §§. 1, 12 verbunden mit §. 51

des Bundesgesetzes. Das Nähere über diese Gattung der Genossenschaften gehört in die Vorlesungen über das Handelsrecht.

§. 24.

III. Stiftungen. Haubold: Lehrbuch §. 165.

Unter Stiftungen im weiteren Sinne versteht man einen zu einem erlaubten Zwecke bestimmten und zu diesem Behufe aus dem Vermögen des Stifters ausgeschiedenen, mit selbstständiger Persönlichkeit ausgestatteten Vermögenscomplex. Ist der Zweck seiner Natur nach ohne eine eigens hierzu organisirte äussere Einrichtung nicht zu erreichen, so bezeichnet man denselben auch wohl als Anstalt und pflegt dann die Vorstellung der juristischen Persönlichkeit an diesen äusseren Verwaltungs-Organismus anzuknüpfen, obschon auch hier an sich der zur Erreichung des fraglichen Zweckes angewiesene Vermögensinbegriff es fortdauernd selbst ist, welcher den eigentlichen Träger der Persönlichkeit bildet (§. 52 des B.G.B. erster Satz.).

Der Begriff der milden Stiftungen (piae causae) als einer durch die eigenthümliche Qualification des Stiftungszweckes besonders ausgezeichneten Unterart beruhte zeither für unser Particularrecht vornämlich auf dem Generale vom 16. September 1746 und dem Mandate vom 4. Juni 1829, „die Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken betreffend“, §. 14 verbunden mit Gesetz vom 25. Januar 1836, §. 44. Insofern dort neben den Kirchen, höheren und niederen öffentlichen Unterrichtsanstalten, Armenhäusern, Waisenhäusern, Stipendienkassen, öffentlichen Versorgungs-, Unterstützungs- und Heilanstalten auch die Zuchthäuser, Straf- und Correctionsanstalten erwähnt werden, durfte man hiervon abstrahiren, dass einerseits zwar der Stiftungszweck kein schlechthin religiöser oder dem verwandter zu sein brauchte, dass aber auch anderer-

seits nicht schon jeder gemeinnützige Zweck genügte, sondern die betreffende Anstalt oder Stiftung, um als pia causa gelten zu können, wenigstens einem höheren, sittlichen, resp. geistigen Bedürfnisse zu dienen bestimmt sein müsse.

Die Wichtigkeit dieses Begriffes äusserte sich in privatrechtlicher Hinsicht in den zeither immer noch ziemlich beträchtlichen Vorrechten der milden Stiftungen. Zunächst kamen hier einige besonders erleichterte Erwerbsarten in Betracht (der pollicitatio oder des votum, ferner des legatum ad pias causas, wobei zu vergleichen das Generale vom 16. September 1746). Auch wurde von dem Gerichtsbrauche den milden Stiftungen das Recht eingeräumt: Zinsen aller Art ohne Weiteres ultra alterum tantum zu berechnen. Das Gesetzbuch dagegen zeichnet die piae causae nicht mehr besonders aus; sowohl das Votum (§. 770 des B.G.B.), als jene privilegirte Vermächtnissform sind verschwunden. Ebenso hat sich das oben erwähnte Vorrecht rücksichtlich der Zinsen durch §. 682 des B.G.B. als solches erledigt. Nur §. 393 (den gesetzlichen Rechtstitel zum Eintrage einer Cautionshypothek auf den Grundstücken ihrer Diener und Administratoren betreffend) könnte auch hier, wie beim Staatsfiscus allenfalls noch in Frage kommen, obwohl es für die Anwendbarkeit dieser letzteren Bestimmungen keiner Generalisirung des Begriffes der milden Stiftungen weiter bedarf. Dagegen hat der Begriff durch das Gesetz von 1868 insofern wieder eine gewisse practische Bedeutung auch privatrechtlich gewonnen, als dergleichen Stiftungen rücksichtlich des Erwerbes der juristischen Persönlichkeit dem oben §. 21 unter II, a. Gesagten zu Folge günstiger gestellt sind, als gewöhnliche Stiftungen anderer Art. Nur umfasst der dort aufgestellte Begriff allerdings auch alle bloss gemeinnützige Zwecke, vorausgesetzt freilich, dass er ein dauernder ist, welches letztere Moment an

sich nicht zu den wesentlichen Merkmalen der Stiftung im weiteren Sinne gerechnet werden kann.

Unter Kirche als Rechtssubject hat man nach den Grundsätzen unseres evangelischen Kirchenrechtes nicht eine allgemeine Landeskirche, sondern die für einen Ort oder eine Gemeinde besonders bestehende, der allgemeinen Gottesverehrung gewidmete Anstalt zu verstehen, so dass auch hier das Kirchengut nach Art der Stiftungen als personificirt gedacht werden muss und nicht als Corporationsvermögen (etwa als Vermögen der Parochialgemeinde) erscheint, obwohl der Kirchengemeinde als solcher durch die Kirchenvorstands- und Synodal-Ordnung vom 30. März 1868 gewisse erweiterte Befugnisse in Bezug auf die selbstständige Verwaltung solchen Kirchenvermögens eingeräumt worden sind. Neben diesem eigentlichen Kirchengute steht übrigens noch in der Regel das zur Ausstattung der geistlichen resp. Schulstellen besonders gewidmete Vermögen. Dieses ist wieder als besondere juristische Person (Kirchen-, Schullehen) aufzufassen und auf dieses Vermögen beziehen sich die oben erwähnten Administrationsbefugnisse der Parochial- (Kirchen-) Gemeinde nicht mit. Uebrigens darf es hier wie auch anderwärts nicht befremden, dass man unter den Stiftungen und Anstalten auch solche aufgeführt findet, welche wir als rein staatliche Einrichtungen und daher als Bestandtheile des Staatsvermögens anzusehen gewohnt sind, was ihrer Auffassung als selbstständiger juristischer Personen natürlich von vornherein entgegenstehen würde. Theils erklärt sich diese Erscheinung daraus, dass jene Anstalten entweder ganz oder doch vorzugsweise aus Mitteln gegründet, welche nicht aus der Staatscasse geflossen sind, theils hat solches bisweilen auch nur den Sinn, dass dem Staatsfiscus in Bezug auf jene Staatscasse die besonderen Privilegien einer pia causa zu statten kommen sollen. — Ein ähnliches Verhältniss findet sich auch in Rücksicht

vieler den Gemeinden für ihre localen Zwecke zugewiesenen Stiftungen, welche deshalb auch von der Städteordnung ausdrücklich von dem eigentlichen Gemeindevermögen streng gesondert werden: §. 25 der Städteordnung. Für die Fälle der Auflösung einer Stiftung in Folge der Erledigung ihres Zweckes oder aus anderen Gründen ist nach §. 60 der Verfassungsurkunde die ausdrückliche Bestimmung getroffen, dass der Staat deren Vermögen unter keinerlei Vorwand zu dem Staatsvermögen einziehen dürfe, dasselbe vielmehr, wenn der ursprüngliche stiftungsmässige Zweck nicht mehr zu erreichen steht, zu anderen ähnlichen Zwecken verwendet werden solle.

III. Abtheilung.

Von den Sachen und deren Eintheilungen.

§. 25. Verkehrsfähigkeit der Sachen.

I. Das Gesetzbuch setzt in den §§. 58, 90, 793 u. s. f. die Unterscheidung zwischen den im privatrechtlichen Verkehre befindlichen und den demselben entzogenen Sachen als eine gegebene voraus, ohne sich mit einer Aufzählung der unter die letztere Kategorie fallenden einzelnen Gegenstände zu befassen. Es gehören hierher nicht bloss

1. die schon ihrer natürlichen Beschaffenheit nach der menschlichen Herrschaft sich entziehenden, oder dem allgemeinen Gebrauche anheimfallenden Sachen (sog. res communes omnium), sondern auch

2. diejenigen beweglichen Sachen, welche kraft polizeilichen Verbotes bei Vermeidung der Confiscation sich in Niemandes Besitz und Eigenthum befinden sollen. Dieses ist beispielsweise der Fall bei gewissen gemeingefährlichen Waffengattungen (Percussions-

stöcken und Stockflinten): Verordnung vom 30. November 1835, und bei ihnen ist daher die Möglichkeit eines im Inlande wirksamen Eigenthumserwerbes, sowie die Gültigkeit der diesfalls einzugehenden Rechtsgeschäfte von vornherein ausgeschlossen (im Gegensatze zu solchen Sachen, deren Anschaffung und Besitz den Privatpersonen nur bei Geld- und Gefängnissstrafe untersagt ist: Verordnung vom 28. Juli 1856: Kanonen). Früherhin hatte man hierher auch auf Grund der Bekanntmachung vom 31. Mai 1834 und des Zollgesetzes vom 3. April 1838, §. 3, die ausländischen Spielkarten zu rechnen, was sich jedoch durch Verordnung vom 16. December 1867 erledigt hat.

3. Die durch menschliche Bestimmung dem Gemeingebrauche überlassenen oder einem gewissen öffentlichen Zwecke gewidmeten Sachen auf die Dauer dieser Zweckbestimmung und soweit dieselbe reicht, so z. B. die Landstrassen, die Communicationswege (Strassenbaumandat vom 28. April 1781, Cap. II. §. 11), ferner die öffentlichen Plätze und Strassen in den Städten*), die dem unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche geweihten Gegenstände (Kirchengebäude, Altargeräthe), obwohl bei allen diesen Gegenständen im Auge zu behalten ist, dass sie neben diesem gemeinen Gebrauche zugleich als im Eigenthume derjenigen juristischen Person stehend anzu-

*) Strassen und öffentliche Plätze sind übrigens sogar dem Ersitzungserwerbe durch Privatpersonen nach Sächsisch-rechtlicher Auffassung keineswegs schlechthin unzugänglich; nur müssen die von dem Betreffenden in einem solchen Falle für sich anzuziehenden Besitzhandlungen, abgesehen von ihrer sonstigen gesetzlichen Qualification zugleich so beschaffen sein, dass durch sie der Beweis der Ausschliessung der dem betreffenden Areale innewohnenden Eigenschaft als locus publicus geführt wird. Vgl. den Schädenprocess der Budenbesitzer gegen den Rath der Stadt Leipzig: Wochenblatt 1856 S. 83 ff.

sehen sind, deren Zwecken sie dienen, also des Staates, der Gemeinde, der Kirche u. s. f.

Anlangend das Recht: einen bestimmten Platz in der Kirche zu haben, so kennt unser Particularrecht neben den sogenannten gemeinen Kirchenständen und sogenannten Officialstühlen zwar noch zwei Arten, die sogenannten Realstühle und Erbstühle (unter der Form von Kapellen oder auch nicht), welche insofern in gewisser Beziehung in commercio sich zu befinden scheinen, als dieselben auf den jedesmaligen Erwerber eines Grundstückes, mit dem sie verbunden gedacht werden, beziehungsweise auf die Erben des früheren Inhabers übergehen. Indessen sind sie mindestens nicht als unmittelbare Objecte des Privatverkehrs zu betrachten und selbst dann, wenn sie in einer an das Kirchengebäude angebauten besonderen Kapelle bestehen, dem Eintrage in das Grund- und Hypothenbuch schon bisher nicht zugänglich gewesen: vielmehr hatte rücksichtlich ihrer schon nach zeitherigem Rechte der Besitzwechsel ausschliesslich unter Autorität der kirchlichen Aufsichtsbehörden statt zu finden. Vgl. Verordnungen des Justizministeriums bei Heyne: Erörterungen aus dem Grund- und Hypothekenrechte S. 135 ff., wonach das bei Haubold: Lehrbuch §. 178 not. d. Gesagte zu berichtigen ist.

4. Eine eigenthümliche Auffassung machte sich noch in unserem zeitherigen Particularrechte rücksichtlich der sogenannten öffentlichen Flüsse geltend. Man nahm nämlich insoweit eine geschlossene Zahl zur Zeit an und rechnete dahin auf Grund zweier, freilich mehr dem Gebiete des Verwaltungsrechtes angehöriger Landesgesetze (des Befehles vom 7. October 1800: „wegen der zu Anlegung neuer Mühlen zu ertheilenden Concessionen“, und des Generale vom 8. Mai 1811: „die Anlegung neuer Mühlen und die dazu erforderlichen Concessionen betreffend“) folgende fünf Flüsse: Elbe, beide Mulden und

die beiden Elstern,*) und zwar dergestalt, dass man an ihrem Strombette dem Fiscus geradezu Eigenthum zuschrieb: so noch Haubold §. 229 ff. und selbst noch der Siebenhaar-Siegmannsche Commentar zum B.G.B. Bd. I. S. 264. Abgesehen nun davon, dass das Finanzministerium vor Kurzem in den Motiven zu dem der letzten Ständeversammlung vorgelegten Fischereigesetze ausdrücklich erklärt hat: wie es für die seit der Landestheilung bei dem Königreiche Sachsen verbliebene Flusslinie der schwarzen Elster die Qualität eines öffentlichen Flusses nicht in Anspruch nehme, hat auch das Oberappellationsgericht neuerdings von jener der älteren Deutsch-rechtlichen Doctrin**) allerdings geläufigen Verwechselung der dem Staate in Bezug auf die Flüsse zukommenden Hoheits- beziehentlich Regalitätsbefugnisse mit dem hier an sich gar nicht anwendbaren Begriffe eines Privateigenthums ausdrücklich sich losgesagt: Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. XXXI. (1868) S. 110 ff., dergestalt, dass auch diese öffentlichen Flüsse nur als dem öffentlichen Gebrauche dienende Sachen, wenn auch der Oberaufsicht und Leitung der Staatsgewalt unterliegend anzusehen seien und dass an ihnen private Nutzungsrechte zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber nur insoweit erwerbbar seien, als sie mit der öffentlichen Zweckbestimmung des Flusses nicht in Widerspruch treten. Somit besteht für unser Particularrecht nach dieser Seite hin nur noch die Singularität, dass man zur

*) Der Befehl von 1800 zählt die Mulde und die Elster nur einfach, führt aber gleich dem Generale von 1811 ausser der Elbe auch noch die durch die spätere Landestheilung abgetretene Saale und Unstrut mit auf.

**) Zu vergl. für Sachsen hauptsächlich Günther, quaest. de jure aquarum spec. I—V; Haubold, Lehrbuch §. 229 not. c. Von dieser Ansicht finden sich bei uns noch weitere Consequenzen in der Lehre vom alveus derelictus und der insula in flumine nata, worüber das Nähere im Sachenrechte §. 62.

Zeit wie bisher alle übrigen, nicht zu jenen bis jetzt sogenannten fiscalischen Flüssen gehörigen fliessenden Gewässer als Privatgewässer zu behandeln pflegt, dergestalt, dass ihre Betten und Ufer demjenigen, über dessen Grund und Boden sie fliessen, beziehentlich den beiderseitigen Adjacenten pro rata eigenthümlich zugeschrieben werden.

§. 26. II. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Die Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien hat einen doppelten Zweck, einmal:

A. den, um darnach die Grundsätze bestimmen zu können, nach welchen der Erwerb und Verlust von Rechten an Sachen vor sich zu gehen habe. Seit der fast ausnahmslosen Durchführung des Ingrossationssystems und seit der Aufstellung der Formvorschrift rücksichtlich der Veräusserung von Grundstücken in §. 822 des Gesetzbuches hat dieser Unterschied an practischer Wichtigkeit im Vergleiche zum Römischen Rechte noch bedeutend gewonnen. Von dieser Seite her bezieht sich übrigens die Unterscheidung mit wenigen Ausnahmen nur auf die Sachen im eigentlichen Sinne, res corporales, und hier unterscheidet zunächst die physische Beschaffenheit der Sache, d. h. ihre natürliche Fähigkeit zur Veränderung ihres Raumverhältnisses. Wie jedoch einerseits die hiernach an sich bewegliche Sache diese ihre ursprüngliche Eigenschaft zur Zeit dadurch verloren haben kann, dass sie Bestandtheil eines Immobile geworden ist, ebenso wird es andererseits auch künftig nicht als ausgeschlossen erachtet werden können, Rechtsgeschäfte über dermalige Grundstückstheile dennoch als Rechtsgeschäfte über bewegliche Sachen dann zu behandeln, wenn dabei diese Bestandtheile des Immobile von den Intressenten nicht als solche, sondern bereits in dem Zustande ihres künftigen Getrenntseins von der Hauptsache erweislich in Betracht gezogen worden sind.*)

---

*) Z. B. Verkauf von Gartenerde, von einer Ernte auf dem Halme. Annalen des K.O.A.G. II S. 434 ff.

Rücksichtlich der Windmühlen insbesondere ergiebt sich aus dem Gesagten von selbst, dass man bei ihnen (wie schon unser älteres Recht in gewisser Beziehung that, decis. 53 v. 1661) zu unterscheiden hat, ob sie mit dem Grund und Boden fest und dauernd verbunden sind, so dass hier die Vorschrift der §§. 284 ff. des B.G.B. massgebend werden wird.

Ueber die vielfach abweichenden Ansichten der Aelteren cf. Heyne, Comm. zum Hyp.-Ges. Bd. I. S. 70 ff. Dagegen beruht es auf rein legislatorischen Erwägungen, wenn:

1. die Schiffmühlen den Immobilien in allen hier in Rede stehenden Beziehungen gleichgestellt worden sind. Ueber das ältere, der Sache nach übrigens mit dem Gesetzbuche §. 59 conforme Recht vergl. Gesetz wegen Entscheidung einiger zweifelhafter Rechtsfragen vom 26. October 1824 no. II. und Hypothekengesetz vom 6. November 1843 §. 14 verbunden mit A.V.O. vom 15. Februar 1844 §. 4, und ebenso ist solches

2. auch rücksichtlich gewisser nutzbringender Rechte, also blosser res incorporales geschehen, sobald dieselben nämlich im einzelnen Falle ein selbstständiges Folium im Grund- und Hypothekenbuche angewiesen erhalten haben (Hyp. Ges. §. 14 cit. und §§. 59, 280 und 822 des B.G.B.).*).

3. Werden gewisse Sachgesammtheiten (Officinen, Kramläden, Apotheken) wenigstens in der Lehre von der Veräusserung von Mündelgütern betreffs der Frage nach der Nothwendigkeit eines richterlichen Alienationsdecretes zu den unbeweglichen Sachen gerechnet, wie dies schon die Vormundschaftsordnung Cap. XVI.

---

*) Die früher gleichfalls als Immobilien zu behandeln gewesenen sog. Kuxe oder Bergtheile sind bereits durch die Bergordnung vom 22. Mai 1851 §. 15 und neuerdings durch das Allgemeine Berggesetz vom 16. Juni 1868 §. 13 ausdrücklich für bewegliche Sachen erklärt.

§. 3 und in Ansehung der davon abhängigen Befreiung vom Kostenvorstande im Processe auch die Erläuterte Processordnung ad t. XIII. thut, so auch das B.G.B. §§. 1818, 1941. Nur darf hieraus keineswegs gefolgert werden, dass derartige Sachen oder die sonstigen zu gleichem Zwecke vom Gesetzbuche a. a. O. aufgeführten Mobilien (Kostbarkeiten, öffentliche Creditpapiere, Gesammtsachen) etwa im Allgemeinen als Immobilien zu behandeln seien, was rücksichtlich der zu einer solchen Sachgesammtheit gehörigen einzelnen Waarenbestandtheile das Rescript vom 24. Januar 1617 noch zum Ueberflusse ausdrücklich hervorhebt.

B. Der zweite Zweck der obigen Eintheilung kann unter Umständen darin bestehen, gewisse Grundsätze für den Fall zu gewinnen, wenn es sich aus irgend einer Ursache um die Sonderung des gesammten Vermögens einer Person in Mobilien und Immobilien handelt.

Der hauptsächlich practische Fall des älteren Rechtes bestand hier in dem sogenannten Mobiliarerbrechte des überlebenden Ehemannes und ihm vornämlich verdanken wir eine Reihe in unsere Frage einschlagender Constitutionen (cc. 21—25, pte. III.). Jetzt, wo dieses Erbrecht verschwunden ist, kann eine derartige Sonderung sich aber immer noch nöthig machen in Folge vertragsmässiger oder letztwilliger Verfügungen über ein Vermögen im Ganzen oder nach aliquoten Theilen, sobald diese Classification dem Rechtsgeschäfte zu Grunde gelegt sein soll, z. B. §§. 2169, 2170. Auch insoweit erstreckt sich also unsere Eintheilung dann auf die res incorporales mit und gerade um letztere und deren durchgreifende Einordnung in die eine oder andere Kategorie wird es sich dabei handeln. Als leitende Gesichtspuncte hält das B.G.B. §. 60 hierbei folgende, übrigens bei uns zeither schon anerkannt gewesene Sätze fest, dass

1. Sachenrechte nach ihrem unmittelbaren Gegen-

stande, je nachdem dieser zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehört, bald dem Mobiliar- bald dem Immobiliar-Vermögen beizuzählen sind,

2. dass ferner Rechte, die mit einem Grundstücke sonst activ oder passiv verbunden sind (Reallasten und die ihnen entsprechenden Berechtigungen), so viel das Hauptrecht anlangt ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand, für Immobilien zu erachten sind, wogegen blosse Rückstände einzelner, aus einem desfallsigen Rechtsverhältnisse schuldiger Leistungen den Forderungen gleich behandelt werden sollen (B.G.B. §. 511), sowie dass endlich

3. rein persönliche Rechte (Forderungen, nomina) schlechterdings also auch dann zur Fahrniss zu rechnen sind, wenn ihr mittelbarer Gegenstand ein Immobile sein sollte, ja selbst die etwaige Eigenschaft einer Forderung, als einer hypothekarischen, wo also das verpfändete Grundstück allerdings den unmittelbaren Gegenstand des hypothekarischen Rechtes bildet, macht vermöge der nur accessorischen Natur des Pfandrechtes hierbei keinen Unterschied, lässt vielmehr die Hypothek von dem Schicksale der Forderung als abhängig erscheinen, so dass insoweit eine Ausnahme von dem oben unter No. 1 Gesagten eintritt.

§. 27. III. Einfache und zusammengesetzte Sachen.

Das Verhältniss mehrerer Sachen zu einander als Theile eines Ganzen oder als Theil zu ihrem Ganzen beruht:

I. entweder auf physischer Cohärenz, sei es, dass diese noch gegenwärtig besteht, oder doch früher bestanden hat. In diesem Sinne spricht das Gesetzbuch entweder von Bestandtheil oder auch wohl von Zuwachs, indem da, wo beide Begriffe neben einander erwähnt werden, der erstere Ausdruck auf die ursprünglichen Bestandtheile der Sache, im Gegensatze zu später erst hinzugekommenen, in der Regel bezogen werden darf,

z. B. B.G.B. §§. 65, 218, 413. Ueber die Wirkung des Verhältnisses einer Sache zu einer anderen als ihrem Bestandtheile und dem davon unter Umständen abhängigen Eigenthumserwerbe zu vergl. das Nähere im Sachenrechte.

II. oder es handelt sich bei der Zusammenfassung der Mehrheit von Sachen zu einem Ganzen um eine im Wesentlichen bloss gedachte Einheit, dergestalt, dass also auch hier unter Umständen eine gewisse äussere Verbindung zwischen ihnen hergestellt sein kann, aber nicht eine solche, welche die physische Selbständigkeit der Einzelsache als aufgehoben erscheinen liesse. Stehen die solchergestalt unter einen einheitlichen Gesichtspunct gebrachten mehreren Sachen zu einander:

1. in einem coordinirten Verhältnisse, so bezeichnet man dieselben als eine Gesammtsache oder Sachgesammtheit (Collectivganzes); findet dagegen

2. zwischen ihnen ein subordinirtes, dienendes Verhältniss statt, so spricht man von Zubehörungen, im Verhältniss zu ihrer Hauptsache (Pertinenzen).

Beide letztere Arten der Zusammengehörigkeit (1 u. 2) haben im Wesentlichen folgendes Gemeinsame:

a. dass für die Möglichkeit der Herstellung des Zugehörigkeitsverhältnisses menschliche Willkühr allein nicht entscheidend werden kann, sondern dass die unter sich in Verbindung zu bringenden Sachen vor Allem gewisse innere oder äussere Eigenschaften an sich tragen müssen, welche sie überhaupt erst befähigen, zu einander in jene engere Beziehung zu treten, so dass erst durch das Zusammentreffen dieser objectiven wie subjectiven Voraussetzungen und durch die nachmalige wirkliche Realisirung der Verbindung der Begriff der Gesammtsache wie der des Zugehörigkeitsverhältnisses hergestellt erscheint. So wird für die Gesammtsache (sub 1) vom Gesetzbuche §. 62 ausdrücklich vorausgesetzt, dass für eine Mehrheit einzelner Sachen, um als Collectivganzes in Betracht kommen zu können, im

Verkehrsleben sich schon ein gangbarer, gemeinsamer Gesichtspunct gebildet haben müsse, wenn auch Gleichartigkeit der einzelnen Stücke keineswegs als unerlässliche Bedingung dabei erscheint.

Ebenso wird für die Begründung eines Pertinentialverhältnisses (sub 2) in erster Linie diejenige besondere Qualification der Nebensache erfordert, welche sie geeignet erscheinen lässt, den Zwecken der Hauptsache dauernd zu dienen, und zwar in der Weise, dass entweder dadurch der Nutzen resp. die Annehmlichkeit der Hauptsache nur erhöht oder auch ihre Gebrauchsfähigkeit wohl gar erst bedingt wird (B.G.B. §. 68.);

b. unter obigen Voraussetzungen leiden beide Begriffe, der der Gesammtsache wie der der Zubehörung sowohl auf das Verhältniss mehrerer beweglicher, wie auf das mehrerer unbeweglicher Sachen zu einander Anwendung (B.G.B. §§. 64 und 68). Ja es können die mehreren auf die eine oder die andere Art zu einander in Beziehung gebrachten Sachen theils der Classe der Immobilien theils der der Mobilien angehören, nur dass, wenn letzteren Falles ein blosses Pertinentialverhältniss in Frage steht, natürlich das Immobile immer als die Hauptsache zu behandeln sein wird.

c. Für beide Arten ideeller Sachverbindungen gilt (also abweichend von der bei physischen Sachverbindungen der oben ad I gedachten Art häufig eintretenden entgegengesetzten Wirkung) die gemeinsame Regel, dass durch sie den bereits bestehenden Rechten dritter Personen an der bezüglichen Einzelsache niemals präjudicirt, also eine dritten Personen nachtheilige Rechtsveränderung durch sie nicht herbeigeführt wird, vielmehr besteht deren rechtliche Bedeutung hauptsächlich und zunächst nur darin, dass mit ihrer Hülfe der Sinn und die Tragweite der sich auf dergleichen Sachen beziehenden Rechtsgeschäfte sich fest stellen lässt, insofern Verfügungen, welche rücksichtlich einer

Gesammtsache getroffen werden, im Zweifel und von selbst auf alle Theile des Collectivganzen, ferner Dispositionen bezüglich der Hauptsache präsumtiv und ohne dass solches besonders ausgedrückt zu sein braucht, auch auf deren sämmtliche Zubehörungen sich erstrecken.

Specielle Anwendung hiervon wird gemacht für die Gesammtsache bei dem Vermächtnisse (§§. 2463 ff.), für die Zubehörungen dagegen ausser bei dem Vermächtnisse (§. 2451) auch noch für gewisse Veräusserungsfälle, z. B. Kauf (§. 1090), Bestellung eines Niessbrauchs (§. 605), Hypothekenbestellung (§§. 410 ff.). Indessen wird man auch andere, nicht ausdrücklich genannte Veräusserungen, z. B. die Schenkung unbedenklich hierher rechnen dürfen, und ebenso Rechtsgeschäfte anderer Art, welche keine Verfügungen über die Sache im engeren Sinne enthalten, wie z. B. Pacht- und Miethverträge (§§. 69, 70 des B.G.B.). Dabei ist, soviel die Zubehörungen einer Sache anbelangt, im §. 66 des B.G.B. gegenüber der herrschenden entgegengesetzten gemeinrechtlichen Ansicht die wichtige Neuerung getroffen, dass der Umfang einer Willenserklärung nicht bloss auf die zur Zeit der letzteren bei der Hauptsache bereits vorhanden gewesenen Pertinenzen, sondern auch auf alle erst später bis zur Realisirung des Geschäftes hinzugekommenen zu erstrecken sei, ein Grundsatz, den das Römische Recht nur in Bezug auf die Vermächtnisse (l. 24 §. 2 D. de leg. I [XXX]) wegen der hier vor Allem den Ausschlag gebenden mens testatoris anerkannte, weshalb denn auch das Gesetzbuch denselben betreffs der G e s a m m t s a c h e n gleichfalls nur auf den Fall des Vermächtnisses beschränkt (§. 2463 des B.G.B.)*).

---

*) Je auffallender die durch §. 66 hervorgerufene Abweichung ist, indem hiernach z. B. bei einem Kaufe das Kaufobject sich wesentlich, jedoch ohne entsprechende Erhöhung des Kaufpreises, vermehren kann, um so gewisser wird man also dieselbe nicht auch analog auf Verfügungen über eine Gesammtsache auszudehnen und somit hier die

d. Mit Rücksicht auf diese Hauptfunction des Pertinenzbegriffes als Interpretationsmoment für die Auslegung von Willenserklärungen zu dienen, ist darauf aufmerksam zu machen, dass das Gesetzbuch bald einen engeren (gesetzlichen), bald einen weiteren (präsumtiven) Umfang dieses Begriffes, den Begriff der sogenannten gewillkürten, d. h. auf specieller Disposition der Paciscenten (oder Interessenten) beruhenden Pertinentialqualität in gewisser Weise, nämlich insofern anerkennt, als danach durch den aus der Tendenz des Geschäftes sich kundgebenden Vertragswillen gewisse bewegliche Sachen im einzelnen Falle zu Zubehörungen von Immobilien erhoben werden können, welche an sich und unter Umständen nicht dahin zu rechnen sein würden, und auch von unserer zeitherigen Praxis im Zweifel nicht dahin gerechnet wurden (zu vergl. Annalen des Oberappellationsgerichts Bd. VII. S. 530 ff.). Dies gilt insbesondere von dem Inventar eines Landgutes (instrumentum fundi), ferner von der Fabrikeinrichtung einer Spinnerei, Brauerei u. s. f., wenn über die betreffenden Immobilien gerade in ihrer Eigenschaft als Landgut, Fabrik u. s. f. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Indessen ist dieser Grundsatz rücksichtlich der Bestellung einer Hypothek an dergleichen Immobilien durch §§. 411, 412 des B.G.B. insofern wieder beschränkt, als auch in diesem Falle die Wirksamkeit der Hypothek zwar auf gewisse über den Begriff der eigentlichen Pertinenz hinausliegende, jedoch unbedingt nur auf die in §§. 411, 412 speciell aufgeführten Mobilien sich erstrecken soll*).

---

für das Vermächtniss einer solchen in §. 2463 ff. sich findende Befolgung des nämlichen Grundsatzes als eine blosse lex specialis zu behandeln haben, wie denn auch rücksichtlich der Zubehörungen im einzelnen Falle der Nachweis einer entgegengesetzten Absicht der Interessenten jederzeit offen bleiben wird.

*) Der ganze Begriff der präsumtiven Pertinenz hat etwas Widersprechendes, da die Pertinenz an und für sich schon eine Präsumtion enthält.

e. Ueber diese rein obligatorischen Wirkungen hinausgehende sachenrechtliche Wirkungen finden sich im Gesetzbuche rücksichtlich des Begriffes der Gesammtsache gar nicht, und für die Zubehörungen wenigstens nur vereinzelt im Hypothekenrechte anerkannt. So sind namentlich die eigenthümlichen Grundsätze über die Möglichkeit einer vindicatio gregis für unsere heutigen Gesammtsachen nicht weiter anwendbar, wenn auch natürlich eine gleichzeitige Verfolgung des Eigenthumsanspruches in Bezug auf sämmtliche zu einem Collectivganzen gehörige Stücke in der nämlichen Klage vollkommen gestattet ist. Ebensowenig erstreckt sich die Wirkung der Eigenthumsklage und der in Verfolg derselben ausgesprochenen Verurtheilung in Ansehung der Hauptsache etwa von selbst auch auf deren Zubehörung (§. 303 d.B.G.B.).

Für die Wirkungen des an einer zu einer Gesammtsache verbundenen oder im Pertinenzialverhältnisse stehenden Mehrheit beweglicher Sachen bestellten Unterpfandes kommt, da das Gesetzbuch insoweit überhaupt nur noch Faustpfand kennt, und hier alle einzelne Sachen gleichmässig dem Pfandgläubiger in die Detention hingegeben werden müssen, unser Begriff gleichfalls nicht besonders in Betracht. Nur rücksichtlich einer an einem Immobile sammt Zubehörungen zu bestellenden Hypothek und deren Voraussetzungen, wie Wirkungen gelten in §§. 410 ff. des B.G.B. allerdings eigenthümliche Grundsätze, über welche das Nähere im Hypothekenrechte zu sagen ist.

§. 28. IV. Vertretbare und verbrauchbare Sachen.

Die Begriffe der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit sind im Gesetzbuche keineswegs als identisch behandelt worden, wie sich z. B. schon aus einer Vergleichung der §§. 61 und 623 ergiebt. Der erstere, der darauf beruht, dass eine Sache für ein gewisses Rechtsverhältniss nicht dem individuellen Stücke, sondern nur

der Gattung nach in Betracht kommen soll, ist insofern der höhere, als von den ihrer natürlichen Bestimmung nach zu den verbrauchbaren zu rechnenden Sachen nur im Zweifel anzunehmen sein wird, dass sie bei einem in Bezug auf sie einzugehenden Rechtsgeschäfte von den Interessenten als vertretbar haben behandelt werden sollen, und von dieser Seite her hat deshalb die Eigenschaft einer Sache als einer verbrauchbaren für deren Auffassung als fungible im Wesentlichen die nämliche Bedeutung wie die Eigenschaft einer Sache als einer solchen, die im Verkehre nach Maass, Zahl und Gewicht bestimmt zu werden pflegt (§. 61 a. E.). Keineswegs aber ist aus der natürlichen Verbrauchbarkeit, ebensowenig wie aus letzterer Eigenschaft unbedingt zu folgern, dass Sachen dieser Art immer und überall den vertretbaren beizuzählen seien, vielmehr ist die aus den Umständen des einzelnen Falls zu ermittelnde Willensabsicht der Paciscenten das allein massgebende Moment (z. B. beim Hinterlegungsvertrage §. 1270 u. §§. 1274 ff.). Umgekehrt darf man aber daraus, dass bei dem Niessbrauche an verbrauchbaren Sachen der §. 623 dem Niessbraucher nach beendetem Niessbrauche (übrigens in Uebereinstimmung mit den Quellen) die Wahl verstattet, ob er Sachen von gleicher Gattung und Güte oder den Werth derselben erstatten wolle, nicht etwa schliessen, dass dem Schuldner die gleiche Wahl bei allen auf Leistung vertretbarer Sachen gerichteten Obligationen zustehe. Vielmehr geht bei ihnen an sich der Anspruch und die Leistungspflicht einfach auf das tantundem, und nur das Eigenthümliche kommt bei ihnen nach §. 74 des B.G.B. vor, dass im Falle eines hinzutretenden Verzuges des Schuldners der Gläubiger die Wahl erhält, ob er statt der Naturalerfüllung den Werth fordern wolle.

V. Substanz und Nutzung.

Soweit nicht die natürliche Bestimmung gewisser Sachen in ihrer Verbrauchbarkeit besteht, versteht das

Gesetzbuch unter den regelmässigen Nutzungen einer Sache alle Vortheile, die sie ohne Veräusserung und regelwidrige Angreifung ihrer Substanz gewährt, also sowohl den blossen Gebrauchsvortheil (usus), als diejenigen organischen resp. juristischen Erzeugnisse einer Sache, welche dieselbe bei ordnungsmässiger Benutzung abwirft, und die nach ihrer Gewinnung wiederum ein von einer solchen unabhängiges Rechtsobject beziehentlich Vermögensobject zu liefern geeignet sind (natürliche und bürgerliche Früchte). Gegenüber der allgemeinen Fassung des §. 73 rechtfertigt sich diese Begriffsbestimmung der Früchte theils aus einer Vergleichung des §. 74 des B.G.B., wonach offenbar für die natürliche Frucht an sich eine mit der Integrität der fruchterzeugenden Sache vereinbare Trennbarkeit der ersteren vorausgesetzt wird (zu vgl. §. 73 des B.G.B. Abs. 2.), theils aus einer Heranziehung der Vorschriften über den Niessbrauch (§§. 605 ff. des B.G B.); denn einerseits wird dort zu den natürlichen Früchten, zu deren Ziehung der Usufructuar berechtigt ist, selbst die mit scheinbar substanzieller Minderung der Sache verbundene Ausbeute von Steinbrüchen, Lehm- und Torfgruben u. s. f. dann gerechnet, wenn diese Art der Benutzung der Bestimmung der Sache gemäss sei (§. 609 des B.G.B.); anderseits werden wieder wirklich organische Erzeugnisse der Sache unter Umständen von dem eigentlichen Früchtebezuge ausgeschlossen, wenn ihr Abtrieb nicht in Folge ordnungsmässiger Bewirthschaftung geschah (§§. 607. 608 des B.G.B.). Wie gemeinrechtlich die perceptio fructuum für den Erwerb des Eigenthums an den Früchten weder unbedingte Voraussetzung ist, noch dem Percipienten immer das Eigenthum an den Früchten verschafft, so steht auch die von der Erhebung der natürlichen und bürgerlichen Früchte handelnde Vorschrift in §. 74 des B.G.B. mit der erst aus §. 244 des Gesetzbuchs zu beantwortenden Frage über den Frucht-

erwerb nur in mittelbarer Beziehung, behauptet aber ihre allgemeine, praktische Bedeutung für alle die Fälle, wo wirklich erhobene oder, wie es in §§. 872, 912, 1183 u. s. w. heisst, gezogene Früchte behufs deren Restitution in Frage kommen. Dabei folgt das Gesetzbuch in §. 74 der z. B. auch von Wächter, Erörterungen I. p. 59 ff. vertheidigten Ansicht, dass zu dem Perceptionsbegriffe ausser der äusserlichen Perceptionshandlung, ganz abgesehen von dem Vorhandensein einer Perceptionsbefugniss, in der Regel auch noch der Wille, die Früchte für sich zu nehmen, gehöre. —

IV. Abtheilung.

Von den Handlungen.

§. 29. Von der Handlungsfähigkeit.

I. Insofern das Gesetzbuch im §. 81 nur die Willensfähigen für handlungsfähig erklärt, spricht es in Conformität mit unserem zeitherigen Rechte nicht nur den juristischen Personen und den vorübergehend oder dauernd des Vernunftgebrauchs Beraubten, sondern auch den im Kindesalter Stehenden die eigne Handlungsfähigkeit ganz ab. Die hieraus zugleich für gewisse Fälle sich ergebende Beschränkung der Erwerbsfähigkeit solcher Personen suchte unser zeitheriges Recht für die infantes dadurch auszugleichen, dass es überhaupt alle zu Gunsten eines Unmündigen erfolgten reinen Schenkungen auch ohne Acceptation dem Schenker gegenüber für verbindlich erklärte (Vormundschafts-Ord. Cap. XIII. §. 1.), eine Bestimmung, die ungeachtet ihrer Singularität wegen Gleichheit des Grundes bisweilen auch auf die furiosi bezogen wurde. Das Gesetzbuch hat jedoch diesen Ausnahmesatz in Wegfall gebracht, indem es für alle auf Vertrag beruhenden Schenkungen (§. 1054) gleich dem gemeinen

Rechte wieder die Acceptation des Beschenkten erfordert, die, soviel den infans und furiosus anlangt, nunmehr nur durch deren gesetzlichen Vertreter bewirkt werden kann.

II. Die zwischen der vollständigen Handlungsfähigkeit und der vollständigen Handlungsunfähigkeit in der Mitte stehende beschränkte Handlungsfähigkeit hat ihren Grund:

a. entweder nur in der gewissen Personen wegen eines ihnen anhaftenden körperlichen Gebrechens oder einer sonstigen persönlichen Behinderung abgehenden Fertigkeit, ihren Willen mit voller Zuverlässigkeit zum Ausdrucke zu bringen. Auf dergleichen Fälle beziehen sich z. B. die Vorschriften des Gesetzbuches über die letztwilligen Verfügungen Tauber, Stummer, Taubstummer, des Schreibens unkundiger Personen (vgl. hierüber das Nähere im Erbschaftsrechte), oder sie beruht:

b. auf einer, bei gewissen Personen vorauszusetzenden Unreife des Willensvermögens. Diese technisch sogenannte Beschränkung der Handlungsfähigkeit umfasst heutzutage und so auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesesetzbuches nicht bloss die Entziehung der freien Veräusserungsfähigkeit, sondern auch die der freien Verpflichtungsfähigkeit, während reine Erwerbshandlungen von ihnen natürlich mit voller rechtlicher Wirkung vorgenommen werden können (so z. B. Erwerb des Besitzes §. 193 des B.G.B. — Annahme eines lediglich zu ihren Gunsten gereichenden Versprechens §. 787 des B.G.B.).

Derartigen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit unterliegen:

1. alle unter Vormundschaft stehende Personen, soweit solche nicht etwa schon unter die Kategorie sub I. fallen. Veräusserungen, sowie Eingehung oneroser Rechtsgeschäfte sind ihnen nur unter Concurrenz des Vormundes beziehungsweise unter obervormundschaftlichem Dekrete verstattet (§§. 1911 ff.). Indessen sind die unter Abwesen-

heitsvormundschaft stehenden Personen nicht mit hierher zu rechnen, da sich insoweit auch bei uns die rechtliche Natur der cura absentis als einer blossen cura bonorum fortdauernd geltend macht.

Wegen der Geisteskranken, welche dilucida intervalla haben, verordnete die Vormundschaftsordnung Cap. XXIV. §. 5, dass sie auch in solchen lichten Zwischenräumen des Beitrittes ihres Zustandsvormundes bedürften, um gültig paciseiren zu können, ausgenommen wenn der competente Vormundschaftsrichter zuvor ihren Geisteszustand untersucht und ihre zeitweilige Dispositionsfähigkeit bezeugt habe.

Das B.G.B. im §. 1984 dagegen knüpft ihre Handlungsfähigkeit während solcher lichter Zwischenräume einfach, aber auch unbedingt an die Voraussetzung, dass das Vormundschaftsgericht sich auf Grund gerichtsärztlicher Exploration von ihrer Verfügungsfähigkeit vorher überzeugt habe und was ihre Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen anlangt, so bindet sie das Gesetzbuch ausserdem für die Errichtung einseitiger letzter Willen nicht bloss schlechthin an die gerichtliche Form, sondern gestattet ihnen dieselbe auch nur vor dem Vormundschaftsgerichte selbst vorzunehmen (§. 2069 des B.G.B.), während es ihnen die Errichtung von Erbverträgen gänzlich untersagt (§. 2545 des B.G.B.).

2. Die unter väterlicher Gewalt stehenden Personen, soweit sie noch minderjährig, oder zwar volljährig, aber geisteskrank sind. Sie sind nach den oben sub 1 gedachten Grundsätzen zu beurtheilen, werden also durch ihren Vater vertreten oder sind doch eintretenden Falls an dessen Beitritt gebunden (§§. 1822 verbunden mit 1981 des B.G.B.).

3. Weiter können Ehefrauen, und zwar selbst die volljährigen, ohne Beitritt ihres Ehemannes Rechtsgeschäfte mit Dritten, durch die sie nicht lediglich erwerben, in

der Regel nicht eingehen (§§. 1638 verbunden mit 2545 des B.G.B., Ausnahme §. 1640 des B.G.B.).

III. Sowohl durch die völlige Ausschliessung als durch die theilweise Beschränkung der Handlungsfähigkeit einer Person bleibt übrigens das Princip gänzlich unberührt, dass auch wider sie nach Befinden ohne Willenserklärung unmittelbar aus gesetzlichen Gründen, und insoweit sie wenigstens im Allgemeinen handlungsfähig sein sollten, auch aus unerlaubten Handlungen Verpflichtungen beziehentlich Rechtsverluste eintreten können (vgl. z. B. §§. 1349 verbunden mit 1351, 1824, 1914 des B.G.B.).

§. 30. Von den Rechtsgeschäften.

I. Um von dem Begriffe des Rechtsgeschäftes, wie ihn §. 88 des B.G.B. aufstellt:

1. diejenigen Fälle fern zu halten, in welchen der der Handlung zu Grunde liegende Wille nicht wesentlich bedingendes Moment für die beabsichtigte rechtliche Wirkung ist, genügt es,

a. soviel die unerlaubten Handlungen anlangt, darauf aufmerksam zu machen, dass das Gesetzbuch diese in §§. 116 ff. den Rechtsgeschäften ausdrücklich entgegenstellt;

b. soviel dagegen diejenigen Fälle betrifft, in welchen, wie bei einer absichtlich unterlassenen Unterbrechung einer Verjährung oder Ersitzung, der Wille des Betreffenden gleichfalls als indifferent erscheint, so ist auf diejenige Bedeutung zu verweisen, in welcher das Gesetzbuch den Begriff des Rechtsgeschäftes an andern Stellen braucht (z. B. §§. 1638, 1822, 1911 des B.G.B.), insofern aus ihnen mit Evidenz hervorgeht, dass der Gesetzgeber ungeachtet seiner allgemein gehaltenen Definition im §. 88 des B.G.B. derartige Fälle nicht mit darunter habe begriffen wissen wollen. Dagegen ist man

2. unter dem Ausdrucke Handlungen auch hier die sogenannten negativen, d. h. also die Unterlassungen mit zu begreifen, nicht bloss im Hinblicke auf §. 116 vollkommen berechtigt, sondern auch schon deshalb genöthigt, weil es nach §. 98 des B.G B. Fälle geben kann, wo das blosse Stillschweigen (im Gegensatze zu einer durch allgemein verständliche Zeichen ausgedrückten oder aus concludenten positiven Handlungen zu folgernden Willenserklärung) als Einwilligung aufzufassen ist (z. B. §. 1297 des B.G.B.), obwohl im Uebrigen das Gesetzbuch weit davon entfernt ist, die Rechtsregel: „qui tacet, consentit" in ihrer verwerflichen Allgemeinheit zu adoptiren.

II. Rücksichtlich der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte unterscheidet das Gesetzbuch in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin:

1. zwischen Nichtigkeit (§§ 89—92, 95, 100 des B.G.B.) und

2. Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes (§§. 93, 96, 107 des B.G.B.) dergestalt, dass es unter Nichtigkeit diejenige Ungültigkeit versteht, vermöge deren das Geschäft von dem positiven Rechte als nicht existirend betrachtet wird, unter Anfechtbarkeit diejenige Mangelhaftigkeit eines an sich gültigen Geschäftes, vermöge deren es aus besonders anerkannten Gründen in das Belieben eines Betheiligten gestellt ist, dasselbe wieder umzustossen.

Nicht zu verwechseln mit der Anfechtbarkeit ist:

a. die sogenannte heilbare Nichtigkeit. Denn obgleich das Gesetzbuch im §. 104 gleichfalls als Regel festhält, dass der Wegfall der Gründe der Nichtigkeit diese letztere selbst nicht zur Erledigung bringe, so lässt es doch hiervon Ausnahmen zu, insofern es einzelne Rechtsgeschäfte unter Umständen für convalescenzfähig erklärt; so die Schenkung unter Ehegatten (§. 1649 des B.G.B.), ferner die verpflichtenden Rechtsgeschäfte, welche eine beschränkt handlungsfähige Person ohne Concurrenz des

Vormundes, Vaters u. s. f. eingeht (§. 787 des B.G.B.). Wird die ursprünglich mangelnde Genehmigung dieser dritten Person nachträglich herbeigeschafft, oder nach Eintritt der vollen Handlungsfähigkeit der Partei das Geschäft von dieser selbst genehmigt, so soll dann das Geschäft, und zwar als ein von Anfang an gültiges behandelt werden. Lag ein zweiseitiger Vertrag vor, so bleibt der Mitcontrahent des beschränkt Handlungsfähigen bis zur Entscheidung darüber, ob die Genehmigung Seitens des anderen Theiles erfolgen werde, an sich gebunden (deshalb negotium claudicans); es ist ihm aber nach §. 787, Abs. 4 freigestellt: Erklärung darüber, ob der Vertrag bestehen solle, oder nicht, zu fordern und beim Aussenbleiben einer solchen Erklärung binnen dreissig Tagen von dem Vertrage zurückzutreten.

b. Die sogenannte nachfolgende Nichtigkeit im Gegensatze zur ursprünglichen.

Bei ersterer wird der Eintritt der Nichtigkeit von der Erklärung eines Betheiligten abhängig gemacht; ein Fall dieser Art kommt nach dem Gesetzbuche in der Lehre von der Ehe vor: wenn nämlich der eingegangenen Ehe ein trennendes Privathinderniss entgegensteht, im Gegensatze zu den im §. 1621 erwähnten Fällen der sogenannten öffentlichen oder absoluten Nichtigkeit. Das Gesetzbuch bedient sich zwar für jene Fälle insofern einer neueren Terminologie, als es dergleichen Ehen zum Unterschiede von den absolut nichtigen nur als anfechtbare bezeichnet. Dass man es aber der Wirkung nach hier mit einer wirklichen Nullität und nicht blossen Anfechtbarkeit in dem oben sub 2 gedachten Sinne zu thun habe, ergiebt sich aus §. 1628 verbunden mit §§. 849 und 107 des B.G.B. Das Nähere zu vergleichen im Familienrechte.

§. 31. Fortsetzung.

III. Gründe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

A. Der Grund der Nichtigkeit kann liegen:

1. in einem wesentlichen Mangel der Form des Rechtsgeschäftes oder

2. in dem Mangel einer der sonstigen objectiv oder subjectiv wesentlichen Erfordernisse der Willenserklärung.

ad 1. An die Form, in welcher die das Rechtsgeschäft bildende Willenserklärung zum Ausdrucke gelangt, wird der Regel nach nur die allgemeine Anforderung gemacht, dass sie den Willen klar und bestimmt aussprechen müsse, und ob wohl im Uebrigen dem Handelnden in diesem Falle die Wahl der Mittel, seinen Willen äusserlich erkennbar zu machen, völlig freigestellt bleibt, so folgt doch, dass selbst solche sogenannte formlose Geschäfte der Möglichkeit einer Nichtigkeit wegen Mangels jener allgemein nothwendigen Form gleichfalls unterliegen (Gesetzbuch §. 90.).

Abgesehen hiervon können für die Modalität der Willensäusserung gewisse besondere Formen theils durch Gesetz, theils durch Privatwillen geordnet sein, und zwar kann letzteres bald (wie bei zweiseitigen Rechtsgeschäften) im Wege der Verabredung geschehen (sog. vertragsmässige oder compromissarische Form) — Gesetzbuch §. 823 — bald auf der einseitigen Festsetzung des Handelnden selbst beruhen. Indessen findet eine solche einseitige Formfestsetzung nur ganz ausnahmsweise bei gewissen letztwilligen Verfügungen Beachtung (zu vergl. §§. 2085, 2211 des B.G.B.).

Anlangend die gesetzliche Form, so gilt von ihr die allgemeine Regel, dass die Nichteinhaltung derselben Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes auch dann nach sich ziehe, wenn solches im Gesetze nicht ausdrücklich angedroht sein sollte (§. 100 des B.G.B.). Derartige Förmlichkeiten

sind z. B. Schriftlichkeit, Gerichtlichkeit des Geschäftsabschlusses, Zuziehung von Solennitätszeugen, gerichtliche Bestätigung des Rechtsgeschäftes u. s. f. Sie sind bald absolut, bald wahlweise für die Betheiligten geordnet.

Die ad 2 erwähnten Gründe der Nichtigkeit treffen entweder

a. den Gegenstand resp. den Inhalt des Rechtsgeschäftes, wenn dasselbe z. B. auf eine dem Verkehre entzogene Sache oder auf etwas factisch oder rechtlich Unmögliches oder auf etwas Unsittliches gerichtet ist (§. 90 verb. mit §§. 79, 793 des B.G.B.); oder sie lassen sich

b. darauf zurückführen, dass der in dem Rechtsgeschäfte sich — scheinbar — aussprechende Wille entweder gar nicht vorhanden ist oder doch von dem positiven Rechte nicht als vorhanden anerkannt wird. Hierher gehören:

α. der Mangel der erforderlichen Handlungsfähigkeit (siehe oben §. 29), wobei die nur beschränkt Handlungsfähigen, soweit diese Beschränkung reicht, dem völlig Handlungsunfähigen gleich stehen, vorbehältlich jedoch des oben §. 30, II, 2 a Bemerkten.

Indessen ist ausnahmsweise den unter Vormundschaft oder väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen die selbstständige Abschliessung gewisser Dienst- und Arbeitsverträge gestattet: Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, §§. 9—11, sowie Gewerbegesetz vom 15. October 1861, §. 64, Absatz 2. Berggesetz vom 16. Juni 1868 §. 74. Das Gleiche gilt auch von den sogenannten Capitulationsverträgen der Soldaten: §. 49 der Verordnung vom 4. Dec. 1867, den Gerichtsstand der Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen etc. betreffend.

β. Die mangelnde Ernstlichkeit der Willenserklärung (§. 91 des Gesetzbuches). Nur befreit bei zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen) der Nachweis der Simulation allein den Simulanten noch nicht von der Haftung aus dem scheinbar eingegangenen Vertrage, dafern

er nicht zugleich darzuthun vermag, dass der andere Theil den Mangel der ernstlichen Absicht wirklich gekannt habe, oder doch hätte erkennen müssen. Bei einer von beiden Theilen mit Bewusstsein vorgenommenen Simulation ist zwar das simulirte Geschäft gleichfalls nichtig, es kann aber demselben ein anderes, wirklich beabsichtigtes zu Grunde liegen, für dessen Gültigkeit es sich dann nur fragt, ob die für dieses erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien (§§. 828 ff. des B.G.B.).

γ. Der unbewusste Mangel der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung, vorausgesetzt, dass diese durch Irrthum hervorgerufene Incongruenz des Erklärten und des Gewollten einen wesentlichen Punct des letzteren trifft: sogenannter error essentialis (§. 95, verbunden mit §§. 837—843 des Gesetzbuches). Endlich rechnet

δ. das Gesetzbuch §. 92, verbunden mit §. 830, hierher auch die Jemandem durch körperliche Uebermacht (physische Gewalt) abgenöthigte Willenserklärung, beziehentlich den durch solche vis absoluta abgezwungenen Vertrag, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass man es hierbei höchstens mit einem nur für dritte Personen, und so namentlich auch für den erkennenden Richter äusserlich als Handlung sich darstellenden Verhalten des Vergewaltigten zu thun hat, welchem jedoch als einer blossen Scheinhandlung wegen des auf Seiten des angeblich Handelnden fehlenden Willens die Bedeutung einer Willenserklärung in Wahrheit gar nicht zukommt. Es ist hierbei wenigstens doppelte Aufforderung vorhanden, die Grenzlinie zwischen absoluter und compulsiver Gewalt nicht zu verwischen.

B. Als bloss anfechtbar erscheinen dagegen:

1. Handlungen, die unter dem Einflusse einer durch widerrechtliche Mittel hervorgerufenen gegründeten Furcht (sogenannter physischer Zwang oder compulsive Gewalt) vorgenommen wurden (§§. 93 und 94 des B.G.B.), und

zwar soll nach §. 94 des Gesetzbuches der Begriff des metus justus nicht nach dem objectiven Massstabe, nämlich eines solchen, qui in virum constantem cadit, sondern je nach den Umständen des concreten Falles mit besonderer Rücksicht auf die Persönlichkeit des Bedrohten resp. Bedrohers bemessen werden.

2. Handlungen, die ihrem Ausschlag gebenden Motive nach auf einen durch Betrug erzeugten oder von einem Anderen widerrechtlich benutzten Irrthum zurückzuführen sind, dafern der letztere nicht etwa seinem Gegenstande nach unter die oben ad γ genannte Kategorie fällt — wo dann Nichtigkeit eintreten würde — oder, dafern nicht etwa blosse im Handel und Wandel übliche Anpreisungen vorliegen — wo nicht einmal Unanfechtbarkeit anzunehmen sein würde — (§. 835 des B.G.B.).

3. Ein anders gearteter Irrthum dagegen begründet nach §. 96 des B.G.B. nur dann und insoweit Anfechtbarkeit der durch ihn veranlassten Handlung, wenn und inwieweit die Gesetze solches ausdrücklich gestatten, also z. B. bei vorhandenen verborgenen Fehlern des veräusserten Gegenstandes für den damit unbekannten Erwerber — §§. 909 ff. des B.G.B. — ferner im Falle verborgener juristischer Fehler eines veräusserten Gegenstandes (Eviction) — §. 944 des B.G.B. — ferner im Falle der condictio indebiti — §. 1519 des B.G.B. —. Hier ist Entschuldbarkeit des Irrthums nothwendige Voraussetzung seiner Beachtlichkeit.

Der gemeinrechtlich gleichfalls hierher gehörige Fall der laesio enormis bei entgeltlichen Veräusserungsverträgen ist im Gesetzbuche beseitigt.

§. 32. Fortsetzung.

IV. Von den Folgen der in den vorbezeichneten Fällen vorhandenen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gilt, abgesehen von den besonderen Grundsätzen, welche in-

soweit rücksichtlich der Ehe und der letztwilligen Verfügungen gelten, folgendes zum Theil Abweichende:

1. In den oben §. 31 A, δ und B, 1 gedachten Fällen der Gewalt und Bedrohung tritt die dort erwähnte Nichtigkeit resp. Anfechtbarkeit des Geschäftes ganz ohne Rücksicht darauf ein, von wem die Gewalt oder die Bedrohung ausging; insbesondere kann auch bei einem durch Drohung herbeigeführten Vertrage der letztere selbst dann mit Erfolg angefochten werden, wenn der Bedrohende nicht zugleich Mitcontrahent war (§. 832 des B.G.B.). Der Betrug dagegen kann immer nur gegen den Betrüger selbst resp. den Theilnehmer an selbigem geltend gemacht werden, also wenn der Betrüger nicht zugleich der Mitcontrahent oder dieser nicht wenigstens fraudis conscius war, zu einer Anfechtbarkeit des Vertrages überhaupt nicht führen. Vielmehr erscheint hier der Betrogene eintretenden Falles nur zu einer Ersatzklage gegen den Betrüger berechtigt (§. 833 des B.G.B.). Die vielfach erörterte und erst neuerdings wieder von Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw., Neue Folge Bd. XXXI S. 97 ff. zum Gegenstande einer besonderen Abhandlung gemachte Frage nach der Subsidiarität der actio doli erledigt sich für die hier in Rede stehenden Fälle nach der richtigeren Meinung gänzlich. Denn soweit der Mitcontrahent des Betrogenen bei dem Betruge selbst mit betheiligt war, fällt die Anfechtungsklage aus dem Betruge mit der aus dem Geschäfte selbst gegebenen Klage auf Aufhebung des Geschäftes zusammen, da die gemeinrechtlichen Eigenthümlichkeiten der Betrugsklage als einer schon binnen zwei Jahren verjährbaren und nur beschränkt auf die Erben des Betrogenen übergehenden Klage dem Gesetzbuche unbekannt sind. Soweit dagegen der Betrug nur von einem Dritten ausging, ist der Betrogene ohnehin ausschliesslich an die Ersatzklage gegen den Betrüger gewiesen und im Falle eines gemeinschaftlichen, von dem

Mitcontrahenten und einem Dritten verübten Betruges ist nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 851 des B.G.B. die gegen den Dritten gehende Ersatzklage von der Anfechtung des Vertrages nicht abhängig. Dagegen ist

2. im Verhältnisse zu einem Dritten, in dessen Hände die durch Gewalt, Zwang oder Betrug entzogene Sache gelangte, nur die physische Gewalt (siehe oben §. 31 δ) für durchgreifend genug erklärt, um die Rückforderung der Sache unter allen Umständen aus der Hand des Dritten zu gestatten, während in anderen Fällen des Zwanges (der compulsiven Gewalt) oder in Fällen des Betruges der ursprünglich dabei unbetheiligte Dritte nur unter der Voraussetzung einem Anspruche ausgesetzt ist, dass er bei der Erwerbung der Sache sich in mala fide befand, oder auch abgesehen hiervon dann, wenn er die Sache unentgeltlich erhielt, soweit er zur Zeit der Klaganstellung noch bereichert war (§. 850 verb. mit §. 778 des B.G.B.). Hierdurch ist also einerseits die Haupteigenthümlichkeit der actio quod metus causa als einer in rem scripta beseitigt, andererseits aber auch dem bösen Glauben des dritten Erwerbers einer solchen Sache eine dem Römischen Rechte unbekannte Wirkung beigelegt, und für den Fall eines unentgeltlichen Erwerbs seiten des Dritten die im Römischen Rechte nach l. 4 §§. 29—31 D. XLIV, 4 unter Umständen dem Betrogenen gegebene exceptio doli zu einer Klage erweitert.

3. Wie das Gesetzbuch das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als materiellrechtliches überhaupt nicht mehr kennt, so ist auch für die Fälle des Zwanges von einer mit der Zwangsklage concurrirenden, selbst gegen den Dritten wirksamen restitutio in integrum, wie solche das Römische Recht kannte, nicht weiter die Rede.

4. Soviel die Nebenpuncte eines Vertrags und den sich auf solche beziehenden Irrthum oder Zwang anlangt, so

bringt der Irrthum nur dann, wenn er von beiden vertragschliessenden Parteien getheilt wurde, Nichtigkeit aber natürlich nur rücksichtlich der fraglichen Nebenpuncte hervor; in den Fällen des Zwanges dagegen oder den durch Betrug erzeugten resp. sonstigen Irrthumsfällen findet insoweit für den Verletzten nach Befinden nur ein Recht auf Schadenersatz statt (§. 840 verb. mit §. 834 des B.G.B.).

§. 33. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften.

Von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften berührt das Gesetzbuch in diesem Zusammenhange nur die Bedingungen und den dies, während der modus (die Zweckbeifügung) nur bei den speciellen Lehren in einzelnen Anwendungen vorkommt: so bei der Schenkung §§. 1065, 1066 des B.G.B. und bei den letztwilligen Verfügungen §§. 2151 ff. des B.G.B.

I. Die eigentliche Bedingung characterisirt sich nach §§. 108, 110 des B.G.B. als die Nebenbestimmung, der zufolge mit dem Eintritte oder Nichteintritte eines objectiv ungewissen Ereignisses etwas vor der Hand nur eventuell Gewolltes als definitiv gewollt gelten soll. Dieses eventuell Gewollte kann entweder darin bestehen, dass das Rechtsgeschäft zu seiner Vollendung gedeihen oder darin, dass es wieder aufgehoben werden solle. Im ersteren Falle liegt eine aufschiebende, im anderen eine auflösende Bedingung vor.

Ist dagegen das Ereigniss als ein der Gegenwart oder der Vergangenheit angehöriges schon jetzt objectiv gewiss und befinden sich die Handelnden nur subjectiv zur Zeit noch darüber im Ungewissen, so kann dasselbe zwar nach §. 113 des B.G.B. gleichfalls als wirkliche Bedingung benutzt werden, dafern die Parteien solches erweislich beabsichtigt haben. Wo aber eine solche Absicht sich nicht darthun lässt, treten bei Verträgen die in den §§. 881 bis 888 des B.G.B. gedachten Grundsätze ein. Auch hat

man jedesmal genau zuzusehen, ob sich im einzelnen Falle nicht unter der Einkleidung einer Bedingung ein blosser dies verbirgt, da hier im Falle der späteren Deficienz der Bedingung die Bestimmung im §. 713 des B.G.B. Platz greift. Soviel

II. die Wirkungen der Bedingungen anlangt, so trifft das Gesetzbuch in §. 112 gegenüber der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht insofern eine principielle Aenderung, als es den Bedingungen, und zwar sowohl den aufschiebenden wie den auflösenden im Zweifel, d. h. auch hier überall nur da, wo nicht aus der Fassung der Willenserklärung oder den sonst dabei concurrirenden Umständen die gegentheilige Absicht der Betheiligten sich ergiebt, die Retrotractivkraft abspricht, also bei den bedingten Rechtsgeschäften die mit deren nachträglicher Perfection oder deren späterer Wiederauflösung an sich verbundenen Rechtswirkungen nicht auf den Tag des Geschäftsabschlusses zurück, sondern erst von dem Momente des Eintrittes der Bedingung an datirt wissen will. Rücksichtlich der

1. aufschiebenden Bedingungen und deren Wirkungen gelangt jedoch das Gesetzbuch, soviel bei den hier allein fraglichen Geschäften unter Lebenden

a. das Rechtsverhältniss zwischen den vertragschliessenden Theilen selbst angeht, mit Hülfe der auch schon während des Schwebens der Bedingung bis zu einem gewissen Grade anzunehmenden Gebundenheit des künftigen Schuldners in einer Mehrzahl von Beziehungen, in denen die herrschende Theorie eine Consequenz der Rückbezüglichkeit erblickt, zu ganz gleichen Resultaten wie diese. Namentlich geschieht dieses durch Anerkennung des Satzes: dass auch bedingte Forderungen, und zwar activ und passiv, vererblich und veräusserlich seien (§§. 889, 890, 964 des B.G.B.), dass ferner auch für bedingte Forderungen Pfandbestellung und Bürgschaft,

sowie die Ausbringung von Sicherheitsmassregeln zulässig ist (§§. 370, 871, 1454 des B.G.B.), und dass weiter die Frage nach der Gültigkeit des Geschäfts wegen der den Betheiligten innewohnenden Handlungsfähigkeit nach dem Zeitpuncte des Geschäftsabschlusses zu beantworten ist (§. 89 verb. mit §. 81 des B.G.B.). Umgekehrt erkennt man aber schon jetzt in der Doctrin ziemlich allgemein an, dass für eine Reihe anderer und gerade sehr wichtiger Beziehungen das Princip der Retrotractivkraft ohnehin nicht durchgreife; das ist nicht allein der Fall bei der Frage nach der Fälligkeit und Klagbarkeit der Forderung und der hiervon abhängigen Bestimmung des Anfangspunctes für ihre Verjährbarkeit*), sondern auch bei der Frage nach dem Zeitpuncte, von wo ab im Falle des Eintrittes der Bedingung der Veräusserer einer Sache die davon gezogenen Früchte herauszugeben oder der andere Theil die Gefahr des Unterganges der Sache zu tragen habe; endlich bei der Frage nach der Verkehrsfähigkeit der bedingt veräusserten Sache, und hiermit befindet sich daher auch das Gesetzbuch der Sache nach gleichfalls natürlich in Uebereinstimmung (zu vgl. §§. 158, 873, 874, 796 des B.G.B.). Anlangend dagegen

b. die dritten Personen an einer bedingt veräusserten Sache während des Schwebens der Bedingung eingeräumten Rechte, so ist zu unterscheiden: ob der künftige Erwerber der Sache es war, der in Erwartung des Eintrittes der Bedingung, oder ob es der Veräusserer selbst war, der in Erwartung ihres Nichteintrittes jene Verfügung zu Gunsten eines Dritten getroffen hat. Ersterenfalls liegen Dispositionen seiten eines Nichteigenthümers vor, die aber mit dem Existentwerden der Bedingung convalesciren können und zwar nach §. 254 dergestalt, dass das Recht

*) Wie denn hier unter Umständen eine Forderung gleich als verjährt zur Welt kommen würde.

des Dritten nunmehr ipso jure, jedoch in der Regel erst ex nunc zur vollen Wirksamkeit gedeiht. Im zweiten Falle entscheidet es sich ganz nach den allgemeinen Grundsätzen, von welchem Zeitpunkte ab das Recht des Dritten an der Sache als zur Entstehung gelangt zu betrachten sei, und der spätere Eintritt der Bedingung bleibt auf ein früher begründetes derartiges Recht an sich und selbst da völlig ohne Einfluss, wo letzteres nach der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie in Folge der rückwirkenden Kraft der Bedingung zusammenfällt, während zwischen dem ursprünglich nur bedingt auf die Sache Berechtigten und seinem Auctor lediglich ein obligationsmässiger Anspruch auf Beseitigung des Rechtes des Dritten, resp. auf Schadenersatz stattfindet. §. 871 des B.G.B.

2. Für die auflösenden Bedingungen ergiebt sich aus obigem Principe, dass das sub conditione resolutiva eingegangene Rechtsgeschäft ungeachtet des späteren Eintrittes der Bedingung dennoch bis dahin in der Regel als bestehend anzusehen ist, und erst mit dem Augenblicke des Existentwerdens der Bedingung das durch selbiges begründete Rechtsverhältniss wieder aufgehoben wird, so dass also, wenn im Verfolge desselben z. B. eine fruchttragende Sache von dem Einen dem Andern übergeben worden war, die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte dem Empfänger der Sache in der Regel auch nach Eintritt der Resolutivwirkung verbleiben (§. 875 des B.G.B.). Singuläre Vorschriften gelten insoweit beim Reuvertrage §.1109; der addictio in diem §. 1115, und der lex commissoria §.1436 des B.G.B. Dabei ist diese Resolutivwirkung nicht eine directe, sondern nur eine indirecte, weshalb namentlich bei einer resolutiv-bedingten Eigenthumsübertragung mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum an der Sache keineswegs ipso jure an den Veräusserer zurückfällt. Vielmehr erlangt Letzterer dadurch nur einen persönlichen Anspruch auf Wiedereinräumung des Eigenthums, der also lediglich

gegen seinen Mitcontrahenten und dessen Schuldnachfolger mit der Contractsklage beziehentlich mittelst Condiction verfolgbar ist (§. 291 des B.G.B.). Folge hiervon ist aber auch, dass die von dem temporären Eigenthümer in der Zwischenzeit zu Gunsten Dritter bestellten Rechte an der Sache dem wieder eintretenden früheren Eigenthümer gegenüber an sich ihre fortdauernde Gültigkeit behaupten und dieser gleichfalls nur gegen seinen Mitcontrahenten obligatorisch auf Beseitigung jener Rechte, resp. auf Schadenersatz berechtigt ist (§. 875 des B.G.B.). Nur bei Immobilien ist demjenigen, welchem bloss ein derartiges widerrufliches Eigenthum an der Sache zusteht, die Berechtigung zur Bestellung von Hypotheken, sowie von Grund- und persönlichen Dienstbarkeiten an der Sache schlechthin, also selbst auch nur auf die Dauer seiner Besitzzeit entzogen (§§. 399, 573 und 566 des B.G.B.).

§. 34. Unerlaubte Handlungen.

I. Auch das Gesetzbuch hält an dem Grundsatze fest, dass die civilrechtliche Haftbarkeit für die Folgen eines unerlaubten Thuns oder Unterlassens die Zurechenbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens, und somit vor Allem auf Seiten des Urhebers der Rechtsverletzung die Zurechnungsfähigkeit (Willens- und Handlungsfähigkeit) zu ihrer nothwendigen Voraussetzung habe. Zwar scheinen mehrere Stellen des Sachsenspiegels diesem Grundsatze zu widersprechen (II. 65; III, 3.), von denen die erstere den Fall eines von einem Kinde „binnen seiner Jahre", der zweite den Fall eines von einem rasenden und blödsinnigen Manne angerichteten Schadens bespricht. Für beide Fälle wird dort anerkannt, dass das Kind „seinen Leib nicht verwirke", und dass über den Geisteskranken nicht gerichtet werden könne, dass dagegen der jedesmalige Vormund den Schaden, und zwar — wie es an

der ersten Stelle heisst — aus dem Kindesvermögen, nach seinem Werthe, ersetzen solle.

Die hierauf gestützte Ansicht, dass für die Beurtheilung der Ersatzpflicht in einem solchen Falle nicht sowohl auf die subjective Beschaffenheit der That, als vielmehr auf den äusseren ursachlichen Zusammenhang zwischen der That und dem entstandenen Schaden zu sehen sei, hatte sich bis in die neueste Zeit auch in unserer Praxis behauptet (Theorie der sogenannten objectiven culpa), und zwar umsomehr, als man für selbige in der decis. 36. von 1746, verbunden mit dem Erläuterungsrescripte vom 3. April 1750 einen weiteren Anknüpfungspunct zu finden glaubte. Dementsprechend hatte sogar der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches im §. 1517 den Grundsatz aufgenommen, dass die des Vernunftgebrauchs beraubten Personen und die im Kindesalter Stehenden für den durch ihr persönliches Thun angerichteten Schaden nicht bloss bis zum Betrage einer etwaigen Bereicherung, sondern auch mit ihrem sonstigen Vermögen, jedoch unbeschadet der zu ihrer Erziehung und zu ihrem Unterhalte erforderlichen Mittel verhaftet sein sollten. Mit der späteren Beseitigung dieses Paragraphen im Laufe der ständischen Berathungen ist jedoch das Gesetzbuch rücksichtlich der oben angedeuteten Frage im Wesentlichen auf den Standpunct des gemeinen Rechtes zurückgekehrt, so dass von einem infans oder sonstigen Willensunfähigen ausgegangene Rechtsverletzungen, soweit nicht die Ausnahme im §. 120 des B.G.B. eintritt, lediglich als casuelle, im Sinne des §. 126 in Betracht zu kommen haben.*)

II. Anlangend die verschiedenen möglichen Grade der culpa, so wird in §§. 121, 122 des B.G.B. nach wie vor nur zwischen geringer und grober Fahrlässigkeit unter-

---

*) Hierzu noch zu vergl. Artikel 89 des Rev. Strafgesetzbuches. — §. 1826 des B.G.B. handelt nicht von im Kindesalter stehenden Personen.

schieden, und als abstracter Massstab für erstere die Sorgfalt des ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters, für die letztere die gewöhnliche Sorgfalt eines minder ordentlichen und aufmerksamen Menschen aufgestellt.

Hierin liegt also, zumal mit Zuhülfenahme der Vorschriften des §. 126 des B.G.B. zur Genüge der Satz ausgesprochen, dass eine nicht einmal als geringe Fahrlässigkeit im obigen Sinne sich characterisirende schuldvolle Handlung oder Unterlassung der privatrechtlichen Zurechnung sich völlig entziehe, und somit in das Gebiet des Zufalls zu verweisen sei. Dies übersieht Danz, Wirkungen der Codificationsform S. 20 ff., wenn er unter gleichzeitiger Herbeiziehung der Vorschriften der §§. 721 und 731 dem Gesetzbuche den Vorwurf macht, dass es indirect wieder auf die von der Theorie verworfene Dreitheilung der culpa in lata, levis und levissima zurückführe. Auch kann natürlich dieser Vorwurf nicht etwa dadurch gerechtfertigt werden, dass §. 730 scheinbar noch einen dritten möglichen Massstab, nämlich den der Sorgfalt, welche Jemand in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, erwähnt, da die hiermit angedeutete gemeinrechtliche diligentia (culpa) in concreto nur als eine innerhalb der Grenzen der groben und geringen Fahrlässigkeit sich bewegende denkbare Modification der letzteren in Betracht kommt.

V. und VI. Abtheilung.

Von den Rechten, deren Sicherung und Verfolgung.

§. 35. Von den Klagen und Ansprüchen im Allgemeinen.

I. Das Gesetzbuch bezeichnet mit dem Ausdrucke „Klage“ zunächst und der Regel nach das einem Berechtigten zustehende Mittel zu angriffsweiser processualischer

Geltendmachung seines Rechtes, und geht dabei in §. 144, Absatz 2, von dem Satze aus, dass in der Regel jedes Privatrecht durch eine entsprechende Klage geschützt sei. Als wirkliche Ausnahme hiervon kann es natürlich nicht gelten, dass z. B. das Recht Solennitätszeuge zu sein (§. 2102 des B.G.B.), oder das Recht auf Antretung einer deferirten Erbschaft (§. 2010 des B.G.B.), oder das Recht des Bürgen auf vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners (§. 1461 des B.G.B.) des Klagschutzes entbehrt, da im ersteren Falle eine blosse Eigenschaft oder Fähigkeit einer Person, im zweiten eine durch die Antretung jederzeit und beliebig, aber auch nur auf diese Weise realisirbare Erwerbsmöglichkeit, im dritten ein seinem ganzen Wesen nach ausschliesslich auf einredeweise Geltendmachung angelegtes Recht in Frage steht. Dagegen erscheint es als wahre Ausnahme von der Regel: dass dem Faustpfandgläubiger nach §. 429 des B.G.B. die Pfandklage gegen den dritten Besitzer der Pfandsache, ferner gegen den Arbiter und den Mäkler nach §§. 1418 und 1255 des B.G.B. die Klage auf Ertheilung eines Schiedsspruches, respective auf Nachweisung oder Vermittelung des bezüglichen Geschäftes, sowie aus dem Verlöbnisse die Klage auf Vollzug der Ehe §. 1579 des B.G.B. ausdrücklich versagt ist. Andererseits ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Vorstellung eines unklagbaren Forderungsrechtes im Sinne der Römisch-rechtlichen Naturalobligation fremd, da der auch unserem bisherigen Rechte noch bekannt gewesene Fall eines einem Hauskinde ohne Genehmigung des Vaters gemachten Gelddarlehns (Fall des senatusconsultum Macedonianum) nach dem Gesetzbuche gleichfalls verschwunden ist. Zwar räumt auch das Gesetzbuch noch einzelnen an sich ungültigen und darum unklagbaren Rechtsgeschäften insofern eine gewisse beschränkte Wirkung ein, als es das aus solchen Rechtsgeschäften Gezahlte, selbst wenn sich der Zahlende dabei über seine Verbindlichkeit im

Irrthume befunden haben sollte, nicht zurückzufordern gestattet; so bei den ohne Genehmigung des Ehemannes von einer Ehefrau eingegangenen Verbindlichkeiten (§. 1641 des B.G.B.), ferner bei der formlosen, eheweiblichen Intercession (§. 1650 des B.G.B.)*), ferner bei dem Spiel- und Wettverluste, soweit nicht das Spiel zu der Klasse der verbotenen gehörte (§. 1480 des B.G.B.): und ebenso findet die gleiche soluti retentio jetzt nach §. 1522 des B.G.B. bei allen Zahlungen auf eine durch Verjährung erloschene Forderung statt. (Unser zeitheriges Recht hatte diesen letzteren Satz zunächst nur für die der kurzen dreijährigen Verjährung unterliegenden Forderungen eingeführt. Gesetz vom 23. Juli 1846, §. 10.) Von Naturalobligation im gemeinrechtlichen Sinne kann jedoch in allen diesen Fällen deshalb nicht die Rede sein, weil das Gesetzbuch unter den erwähnten Verhältnissen überhaupt keine Forderung, auch nicht einmal eine solche statuirt, welche von ihrem Inhaber, wenn auch nicht klageweise, so doch wenigstens einredeweise, z. B. im Wege der Compensation geltend gemacht werden kann. Dafür hat aber auch wieder das Gesetzbuch in Anerkennung seiner obigen Regel einzelne Ansprüche, welche gemeinrechtlich nur durch eine Einrede (Retentionseinrede, exceptio doli) geschützt waren, zu förmlich klagbaren Rechten erhoben. Zu vergleichen z. B. §. 318 verbunden mit §. 287 des B.G.B.

II. Abgesehen von dieser regelmässigen Bedeutung des Wortes „Klage“ oder „Klagrecht“ verbindet aber damit das Gesetzbuch ähnlich, wie das Römische Recht mit seinem Ausdrucke „actio“, bisweilen auch noch die zweite Bedeutung des durch die Klage geschützten Rechtes oder Anspruches selbst, ohne jedoch, wie z. B. §. 148 beweist,

---

*) Dieser Satz war bereits unserem zeitherigen Rechte bekannt: zu vergleichen Mandat über die Verbürgungen der Frauenspersonen vom 6. November 1828, §. 8.

beide Begriffe in unstatthafter Weise zu confundiren. In jenem zweiten Sinne ist der Ausdruck „Klage" z. B. zu nehmen, wenn

1. das Gesetzbuch in diesem Zusammenhange von dem möglichen Uebergange der Klagen auf und gegen die Erben des Berechtigten, beziehentlich Verpflichteten spricht, da das hier als übergehend zu Denkende zunächst und primär das Recht oder der Anspruch selbst, und erst secundär das damit verbundene Klagrecht ist. Soweit nämlich ein Recht seiner Beschaffenheit nach überhaupt des Ueberganges auf die Erben des ursprünglich Berechtigten fähig ist, geht natürlich auch das zu dessen Sicherung bestimmte Klagrecht mit über, und auch wo das Haupt-Recht selbst nicht vererbbar ist (z. B. Familienrechte, in der Regel Societätsverhältnisse, persönliche Dienstbarkeiten u. s. f.), sind es doch der Regel nach die schon bei Lebzeiten des Erblassers daraus erwachsenen vermögensrechtlichen Ansprüche. Vergleiche unten Abtheilung über Erbschaftsrecht.

In einzelnen Fällen knüpft jedoch das Gesetzbuch den activen Uebergang des Anspruches und des damit verbundenen Klagrechtes noch an besondere Voraussetzungen, so:

a. das Recht auf Revocation einer Schenkung wegen Undankes. Dieses soll nach §. 1060 (abgesehen von dem Falle der Tödtung des Schenkers durch den Beschenkten) auf die Erben des Ersteren wie nach Römischem Rechte nur übergehen, wenn noch der Schenker selbst seinen Widerrufswillen ernstlich erklärt hatte. Der passive Uebergang dieses Rechtes auf und gegen die Erben des Beschenkten ist dagegen nach §. 1061 des B.G.B. unbeschränkt.

b. Bei anderen Forderungen verlangt das Gesetzbuch, ähnlich wie das Römische Recht bei den actiones vindictam spirantes den Eintritt der Litiscontestation, dass der

Berechtigte wenigstens Klage bei Gericht **angebracht** haben müsse. So nach §. 1490 bei der dort gedachten Art der Körperverletzung, welche eine Verunstaltung oder Verstümmelung zur Folge gehabt hat, rücksichtlich des diesfalls eintretenden Schadenersatzes; ferner nach §. 1553 bei der Klage der ausserehelich Geschwächten auf Entschädigung (Dotation), dafern der Anspruch nicht schon vertragsmässig festgestellt sein sollte; ferner nach §. 1587 bei der im Falle des Rückgängigwerdens eines Verlöbnisses nach Befinden eintretenden Schädenklage, sowie der Klage auf Rückgabe der Mahlschätze und der sonstigen Geschenke der Verlobten. Ebenso findet

2. die Stellung der Lehre von der Klagenverjährung, obwohl dieselbe ihrer Wirkung nach nicht bloss die Klage, sondern zugleich den ihr zu Grunde liegenden Anspruch vernichtet, hier ihre Rechtfertigung in der Erwägung, dass diese Wirkung durch unterlassene gerichtliche Geltendmachung des dem betreffenden Anspruche beigegebenen Klagrechtes während einer gewissen Zeitfrist herbeigeführt wird.

§. 36. Von der Klagenverjährung.

(Haubold, Lehrb. §. 373.)

I. **Voraussetzungen der Klagenverjährung.**

A. **Die Dauer der Verjährungsfrist.**

1. Nach **zeitherigem Rechte** belief sich die regelmässige Verjährungsfrist auf dreissig Jahre unter Hinzurechnung des sogenannten Sächsischen Jahres, also zusammen auf 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage (const. 2. 3. 6. pte. II.). Abgesehen von den gemeinrechtlichen Fällen kamen jedoch auch nach unseren Landesgesetzen nach beiden Seiten hin Ausnahmen vor:

a. Längere Verjährungsfristen traten ein nach dem Mandate wegen der Hazardspiele vom 20. Decbr. 1766, §. 9, wo die 50jährige Verjährungsfrist, welche nach

der, übrigens unglossirten, c. 1. C. III, 43 für die Condicirung bezahlten Spielverlustes aufgestellt ist, in dergestalt modificirter Weise beibehalten wurde, dass der Spieler für seine Person nur sechs Jahre lang die condictio haben, nach Ablauf dieser Frist aber auf die sogenannte Armenhaushauptcasse (später Anstalt zu Waldheim) übergehen sollte. Das Gesetz vom 26. Juni 1837, §. 3 substituirte dafür die jedesmalige Armencasse des Ortes des Spieles; — ferner gehörte hierher nach c. 5. pte. II. die 44jährige Verjährungsfrist bei den Klagen der Kirchen, Schulen und milden Stiftungen, die häufig auch auf die Klagen des Staatsfiscus erstreckt wurde.

b. Verjährungsfristen von kürzerer Dauer kamen vor bei der im Specialgesetze vom 23. Juli 1846 zusammengefassten Klasse von Forderungen; ferner bei dem Anspruche auf Erhebung verfallener Zinscoupons der königlich Sächsischen Staatspapiere, landschaftlichen Obligationen, sowie der ihnen gleichzustellenden Creditpapiere; ferner ein nur einjähriger Zeitraum wurde durch das Staatsdienergesetz vom 7. März 1835 für die Verjährung der Ansprüche eines ohne Grund entlassenen Staatsdieners an den Staatsfiscus eingeführt.

2. Nach dem B.G.B. §§. 150 ff. bildet eine 30jährige Verjährungsfrist dergestalt die Regel, dass die obigen längeren Fristen sub 1 a hierdurch gänzlich in Wegfall gelangen. Kürzere Fristen kommen dagegen sehr zahlreich im Gesetzbuche vor. Eine Uebersicht über die einzelnen Fälle siehe in Siebenhaars Commentar zu §. 82 des B.G.B. So z. B.:

a. eine 3jährige Frist, ausser in der Mehrzahl der zeither unter das Gesetz von 1846 zu subsumirenden Fälle, auch noch bei den Klagen wegen Entwährung (evictio) §. 946 des B.G.B.; ferner bei den Klagen auf Rückerstattung indebite gezahlter Zinsen §. 1532 des B.G.B;

bei Klagen auf Ergänzung des Pflichttheils §. 2616 des B.G.B.;

b. eine Frist von einem Jahre bei der Preisminderungs- und Wandelungsklage wegen unbeweglicher Sachen (§. 923 des B.G.B.), ferner bei gewissen präparatorischen Verträgen (§§. 1069, 1174 und 1261 des B.G.B.); ferner bei der Klage auf Revocation einer Schenkung wegen Undanks (§. 1063 des B.G.B.); endlich bei der Klage der Tochter auf Gewährung einer Ausstattung (§. 1666 des B.G.B.);

c. sechsmonatliche Fristen z. B. bei der Preisminderungs- und Wandelungsklage bei beweglichen Sachen (§. 923 des B.G.B.); ferner bei der Schädenklage aus der Haftung de effusis et dejectis (§. 1559 des B.G.B.).

§. 37. Fortsetzung.

B. Für den Beginn der Berechnung dieser Frist erscheint auch nach dem Gesetzbuche das Vorhandensein der sogenannten actio nata entscheidend. Hierbei hat man zu unterscheiden:

1. zwischen Klagen aus dinglichen Rechtsverhältnissen. Diese unterliegen erst von dem Augenblicke an der Verjährung, wenn ein individuell bestimmbarer Gegner dem Berechtigten gegenübersteht. Ob dem Letzteren die Person dieses seines Gegners bereits bekannt ist, oder nicht, ist hierbei gleichgültig (§. 158 des B.G.B.) Ferner gilt

2. für die persönlichen Klagen unter Festhaltung übrigens des zuletzt erwähnten Grundsatzes die oberste Regel, dass hier derjenige Zeitpunct entscheidet, wo die dem im einzelnen Falle fraglichen Rechtsverhältnisse entsprechende Leistung verlangt werden konnte. Danach darf nicht bloss die in der gemeinrechtlichen Doctrin noch jetzt mehrfach vertretene Ansicht, dass es ausser dem Unbefriedigtsein des Anspruches noch einer vorausgegangenen Mahnung bedürfe, selbst für die Fälle als reprobirt

gelten, in welchen ein Rechtsverhältniss von völlig unbestimmter Dauer in Frage steht (z. B. unbetagtes Darlehn), sondern man hat überhaupt davon auszugehen, dass die actio nata in dem hier fraglichen Sinne nicht mit der gewöhnlichen Fälligkeit und Klagbarkeit der Forderung zu identificiren, vielmehr für den vorliegenden Zweck auch dann schon eine solche Forderung als fällig und klagbar zu behandeln sei, bei welcher die alsbaldige Herbeiführung der Klagbarkeit in die Hand des Gläubigers gelegt ist. Dem scheint zwar die Vorschrift in §. 159 des B.G.B. zu widersprechen, wonach in Fällen, wo die Geltendmachung eines Rechtes erst noch von der Willenserklärung eines Betheiligten abhängt, die Verjährung erst von der Zeit dieser Willenserklärung ab zu laufen beginnen soll. Indessen hat man in Ansehung der einzelnen möglicherweise hierunter zu subsumirenden Fälle folgendergestalt zu unterscheiden:

a. in Betreff des besonders häufigen Falles einer auf Aufkündigung stehenden Forderung besassen wir schon zeither ein ausführliches Specialgesetz, das Generale vom 14. Decbr. 1801. Dasselbe ging gleichfalls von dem Principe aus, dass die in die Willkühr des Gläubigers gestellte Kündigung an sich nicht als Hinderniss für den Beginn der Verjährung anzusehen sei; nur sollte, wenn über den Anfang dieses Kündigungsrechtes keine ausdrückliche Festsetzung erfolgt sei, angenommen werden, dass dasselbe vor Ablauf eines Jahres nicht ausgeübt werden und somit auch die Verjährung nicht eher (ebenso wie bei verzinslichen Forderungen nicht vor Eintritt des ersten Zinstermines, also im Zweifel gleichfalls nicht vor Ablauf eines Jahres) ihren Anfang nehmen könne. Auch war, wenn der Schuldner vertragsmässig nach erfolgter Kündigung noch die Verstattung einer weiteren Zahlungsfrist, sogenannten Kündigungsfrist, verlangen konnte, diese dem Gläubiger zu Gute zu rechnen. Wenn dagegen die

Kündigung ausschliesslich in die Willkühr des Schuldners gestellt war, so sollte vor wirklich erfolgter Kündigung, beziehentlich vor Ablauf der dem Schuldner etwa noch eingeräumten Kündigungsfrist die Verjährung keinesfalls ihren Anfang nehmen, und wenn der Schuldner starb, ohne gekündigt zu haben, erst von dem dreissigsten Tage nach dem Tode desselben ab zu laufen beginnen. Durch den dem jetzigen §. 159 des B.G.B. entsprechenden §. 167 des Entwurfes sollten nun beide vorerwähnte Fälle gleichgestellt werden und erst bei der ständischen Berathung beschloss man die Aufnahme des jetzigen §. 1016, besage dessen man für den Fall einer in die Willkühr des Gläubigers gestellten Kündigung zum Principe des Generale zurückkehrte, dergestalt, dass nicht erst der wirkliche Erfolg der Kündigung, sondern bereits der Zeitpunkt, von wo ab dieselbe erfolgen k o n n t e (nach Befinden auch wieder unter Hinzurechnung der stipulirten Kündigungsfrist) den Anfangstermin für den Lauf der Verjährung bilden sollte. Für den Fall einer ausschliesslich in das Belieben des Schuldners gestellten Kündigung dagegen bewendet es bei der Vorschrift in § 159 des B.G.B., obwohl man für ihn auch schon mit der Regel in §. 158 zu gleichem Resultate gelangen würde.

b. Hiernächst leidet aber auch der §. 159 volle Anwendung in den Fällen, wo die Forderung selbst (und nicht bloss deren Fälligkeit, wie in dem Falle unter a) potestativ bedingt ist, und zwar hier gleichviel, ob die Potestativbedingung auf eine Handlung des Gläubigers, oder des Schuldners gestellt ist. Dies war wohl auch der Grund, weshalb die const. 1 pte. II. das Wiederkaufsrecht (dieses nämlich als die potestativ bedingte Berechtigung gedacht, die wiederkäufliche Abtretung der Sache zu verlangen) für schlechthin unverjährbar erklärt. Insoweit hat sich jedoch die Frage hier, wie auch in dem verwandten Falle eines hinzugefügten Reurechtes, sowie in

dem Falle des Vorkaufsrechtes dadurch erledigt, dass sich in den §§. 1108, 1122, 1133 für diese sämmtlichen Rechte eine gesetzliche Zeitdauer, die mit einer Verjährungsfrist keineswegs zu verwechseln ist, aufgestellt findet. Deshalb kann es in diesen drei Fällen sich künftig nur noch um die Verjährbarkeit desjenigen Anspruchs handeln, welcher durch die fristgemässe Erklärung des Berechtigten, dass er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, erst begründet wird, und für diesen ist dann in Gemässheit des §. 159 die Zeit der Abgabe der betreffenden Willenserklärung allerdings entscheidend.

c. Ausserdem könnte man versucht sein, im §. 159 eine Bestätigung der zeither in den Sächsischen Gerichtshöfen herrschenden Ansicht zu finden, wonach die Verjährung der Klage des Hinterlegers aus dem Hinterlegungsvertrage auf Rückgabe der hinterlegten Sache (actio depositi directa) erst mit der fruchtlosen Aufforderung des Deponenten zur Rücklieferung der Sache beginnen soll (zu vergleichen Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. XVI. S. 466 ff.). Als richtiger erscheint es aber, hier in Gemässheit des §. 158 die Verjährung sofort von Hingabe der Sache an im Zweifel beginnen zu lassen, da sich von dem Standpuncte der gegentheiligen Meinung aus schwerlich sagen lässt, dass die Geltendmachung des Rechtes auf Rückgabe der deponirten Sache von der vorgängigen Aufforderung des Deponenten abhänge.*) Das Gleiche muss übrigens auch rücksichtlich der actio commodati directa, also der Klage aus der Gebrauchsleihe, wenigstens in dem im §. 1181 des B.G.B. gedachten Falle gelten, während da, wo eine bestimmte Dauer des Gebrauches entweder ausdrücklich festgesetzt oder aus den Umständen abzunehmen ist, natürlich dieser Zeitpunct entscheidend werden muss. Nicht minder hat es hinsicht-

*) Die Aufforderung ist vielmehr mit der Geltendmachung identisch.

lich der actio pignoraticia directa bei der Regel des §. 158 des B.G.B. sein Verbleiben, d. h. erst mit der die Verpflichtung zur Rückgabe des Pfandobjectes begründenden Tilgung der Pfandschuld kann von dem Anfange einer Verjährbarkeit dieser Klage überhaupt die Rede sein (vgl. §. 1447 des B.G.B.). Ein Mehreres als dieses wollte auch wohl die für unser zeitheriges Recht insoweit in Betracht kommende c. 1., pte. II. nach der richtigeren Auslegung nicht besagen, wenn sie die Klage gegen den Pfandschuldner für schlechthin unverjährbar erklärt. Anderer Meinung in allen hier unter c. erwähnten Puncten ist freilich Siebenhaar, Comm. zu §. 159.

C. Die durch mehrere Stellen des kanonischen Rechts — zu vgl. insbesondre Cap. 20 X de praescr. II., 26 — hervorgerufenen Zweifel, ob und in wieweit zu der hier fraglichen Anspruchsverjährung bona fides auf Seiten des Verjährenden gehöre, treten frühzeitig auch schon unter den Sächsischen Juristen hervor. Die entgegengesetzten Ansichten fanden in Berger (Elect. disc. forens. tit. XI. obs. 5, p. 383 ff.), Wernher (Obss. for. P. 1. obs. 183) und Hommel (Rhaps. obs. 208) auf der einen Seite (für die Verneinung der Frage) und in Leyser, später auch in Haubold zu Berger's Oeconomia juris Bd. I. S. 283 not. i. auf der andern Seite (für die Bejahung derselben) ihre Vertreter.

In neuerer Zeit begann jedoch die schon von Böhmer vertheidigte Mittelmeinung Möllenthiel's (über die Natur des guten Glaubens §. 22 ff.) in der Sächsischen Praxis sich Geltung zu verschaffen, wonach die bona fides zu der Verjährung aller, selbst rein persönlicher Klagen erfordert werde, wenn dieselben auf Herausgabe einer individuell bestimmten, dem Beklagten fremden, Sache gerichtet seien (Wochenblatt 1858, S. 201 ff.). Das Gesetzbuch dagegen adoptirt dieselbe nicht, sondern lässt das Requisit des guten Glaubens gänzlich bei der Anspruchs-

verjährung fallen, also selbst da, wo es sich um die Verjährung der Vindicationsklage, resp. der ihr entsprechenden actio Publiciana handelt.

§. 38. **Fortsetzung. II. Unterbrechung der Verjährung.**

1. Gegen die früher in den Sächsischen Gerichtshöfen herrschende Ansicht, nach welcher man schon die Einreichung der Klage bei Gericht zur Interruption für genügend hielt (zu vgl. Kind, quaest. forens. III., 28.), brachte ein späteres Gesetz vom 20. Juni 1846 die Unterbrechung der Extinctivverjährung betreffend, §. 1, das gemeinrechtlich herrschende Princip auch bei uns zur Geltung, dass in der Regel erst mit Eintritt der Rechtshängigkeit, d. h. also mit Behändigung der auf die Klage erlassenen Ladung an den Beklagten, die Unterbrechungswirkung sich äussere. Dabei legte man übrigens in Gemässheit der Erläuterten Processordnung ad tit. V., 4, wozu zu vergleichen Griebner, Discurs zu tit. V., §. 4 in den Worten: „solcher auch“, hierbei weder auf die Schlüssigkeit der Klage, noch darauf ein entscheidendes Gewicht, ob sie bei dem competenten Richter erhoben sei, und auch die im Gesetze vom 20. Juni 1846 erforderte legale Insinuation war nach der richtigeren Ansicht nur auf die Beobachtung der in der Erläuterten Processordnung ad tit. IV., 2 erwähnten äussern Insinuationserfordernisse zu beziehen. Bei Klagen gegen einen noch nicht mit Vormund versehenen Minderjährigen dagegen oder bei Klagen gegen den Staatsfiscus, so lange für denselben noch kein Procurator bestellt sei, machte das gedachte Gesetz allerdings insofern eine Ausnahme, als hier schon die Benachrichtigung der competenten Vormundschaftsbehörde, resp. des Finanzministeriums vom Eingange der Klage durch das Processgericht der Klagbehändigung in ihren Wirkungen gleichstehen solle. Das Gesetzbuch im §. 163 kehrt nun zu jener älteren Ansicht wieder zurück,

wonach Anbringung der Klage bei Gericht schon genügte. Daneben behält es den zeitherigen Grundsatz, dass selbst die Wahl eines unzuständigen Richters oder die Unschlüssigkeit der Klage den Interruptionseffect nicht beeinträchtige, zwar im Principe bei (§. 166), jedoch mit der jedenfalls zweckmässigen Modification, dass, wenn einer dieser Mängel später die Abweisung der Klage zur Folge haben sollte, binnen drei Monaten eine verbesserte Klage angebracht werden muss, widrigenfalls die bereits eingetretene Unterbrechungswirkung sich wieder erledigt. Das Fallenlassen der Klage dagegen hat die Aufhebung des früheren Interruptionseffectes unbedingt und selbst dann zur Folge, wenn damit die gleichzeitige Ueberreichung einer neuen, oder eine darauf abzielende Protestation verbunden sein sollte (§. 166 verbunden mit §. 140 des B.G.B.).

Bleibt der begonnene Process nur liegen, so läuft von der letzten Processhandlung an, dafern sonst die Voraussetzungen hierzu vorhanden sind, eine neue Verjährung. Da dieselbe aber nach §. 169 des B.G.B. jedenfalls in derselben Frist vollendet werden soll, welche für die unterbrochene Verjährung ursprünglich galt, so ist hiermit die Beseitigung der sogenannten praescriptio litis pendentis als eines eigenthümlichen Institutes ausgesprochen. Kommt es dagegen zur rechtskräftigen Verurtheilung des Beklagten, so kann vom Eintritte der res judicata ab in allen Fällen nur eine 30jährige Verjährung zu laufen beginnen, selbst dann, wenn der ausgeklagte Anspruch an sich einer kürzeren Verjährung unterlegen haben sollte.

2. Neben diesem regelmässigen Interruptionsmodus kennt übrigens das Gesetzbuch noch eine Anzahl anderer, theils völlig gleichgeltender, theils wenigstens subsidiär zur Anwendung kommender Modalitäten, insofern nämlich als:

a. auch schon die exceptionsweise Geltend-

machung des der Verjährung unterliegenden Anspruchs der Klaganstellung gleichstehen soll. Auch hier hebt die Aberkennung der vorgeschützten Exception die Interruptionswirkung an sich nicht auf, sobald nur der Excipient binnen drei Monaten von Rechtskraft des seine Ausflucht zurückweisenden Erkenntnisses an förmliche Klage erhebt (§§. 163, 167 des B.G.B.). Zeither wurde dieser Grundsatz von den Sächsischen rechtsprechenden Behörden nicht befolgt (vgl. Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. XIII., S. 380), obwohl die dort näher ausgeführte weitere Rechtsansicht, dass die blosse negative Einlassung auf ein das bezügliche Rechtsverhältniss betreffendes Klagvorbringen des andern Theiles die Interruptionswirkung herbeizuführen nicht geeignet sei, natürlich auch künftig noch in Geltung bleibt. Weiter soll nicht bloss

b. der Antrag des Gläubigers auf ein nach der Civilprocessnovelle vom 30. December 1861, §. 28 an den Beklagten zu erlassendes Zahlungsgebot, sondern auch

c. schon eine von dem Betheiligten vor seinem eigenen persönlichen Richter zu diesem Zwecke eingelegte Verwahrung (Protestation) mit der Anbringung förmlicher Klage gleiche Wirkung haben, letzteres jedoch nur aushülfsweise in dem Falle, wo mir der Ort, an welchem der Gegner belangt werden könnte, unbekannt ist (§. 164 des Gesetzbuchs), eine Bestimmung, die zwar unserm zeitherigen Rechte gegenüber eine neue genannt werden muss, die aber dem im Justinianeischen Rechte (c. 2. C. de annali except. VII., 40) sich findenden ähnlichen Interruptionsmodus nachgebildet erscheint, und dessen Wiederaufnahme ohnehin schon von älteren Sächsischen Praktikern — wiewohl bisher vergeblich — befürwortet worden war (Gottschalk, disceptat. forens. Bd. II. c. 29, pag. 355 ed. sec.).

d. Der Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Schuldners an sich hat nur rücksichtlich der

Wechselklagen gegen den Schuldner die Folge, dass die Verjährung auf die Dauer des Concurses, d. h. bis zur Ausschüttung der Concursmasse ruhet (Gesetz vom 7. Juni 1849 über den Schuldarrest, §. 20, Schlusssatz); für die übrigen Fälle der Anspruchsverjährung gilt dieses Princip nicht. Indessen legte das Ober-Appellations-Gericht wenigstens der Anmeldung einer Forderung im Concurse schon bisher die nämlichen Wirkungen bei, wie der Klagbehändigung ausserhalb desselben (Annalen des Ober-Apellations-Gerichts A. F. Bd. V., S. 66 ff.), und auch mit dem Rechte des Gesetzbuches darf diese letztere Meinung, obschon die Frage nirgends ausdrücklich berührt wird, noch ferner als vereinbar angesehen werden, da zwar der zweite der in jener Entscheidung geltend gemachten Gründe sich nunmehr durch die Bestimmung im §. 766 des B.G.B.*) erledigt hat, der erstere dagegen auch jetzt noch als fortwirkend angesehen werden darf. Endlich wird auch

e. im §. 162 des B.G.B. der Anerkennung des Anspruchs seiten des Verpflichteten die Wirkung einer Unterbrechung beigelegt, und hierher lässt sich namentlich auch bei verzinslichen Forderungen das Factum der Zinsenzahlung rechnen, wie schon das Generale vom 14. December 1801, §. 7, that (Gesetzbuch §. 1404, Satz 2). Nur wird man in Ermangelung einer der betreffenden Stelle des Generale gleichlautenden positivrechtlichen Bestimmung nicht weiter berechtigt sein, wie dort die Interruptionswirkung über die Zeit der Zinszahlung hinaus bis zum etwanigen Ausbleiben des fällig werdenden nächsten Zinstermins zu erstrecken, sondern — soweit nicht etwa ausnahmsweise die Zahlung von Zinsen pränumerando erfolgt sein sollte — immer von dem Momente der Zinszahlung ab den Lauf der Verjährung von Neuem

---

*) Wegfall des von den Liquidanten früher geforderten Nachweises der melior fortuna des Gemeinschuldners bei Klaganstellung nach beendigtem Concurse.

beginnen lassen müssen. Auch ist hiermit die ganz andere Frage nicht zu verwechseln: von welchem Zeitpuncte ab eine verzinsliche Darlehensforderung, über deren Rückzahlung Etwas nicht verabredet war, überhaupt zu verjähren beginnen. Hier tritt nämlich der aus der Regel: quod sine die debetur statim debetur (§. 711 des B.G.B.) zu folgernden Annahme einer sofort von der Hingabe des Darlehens an laufenden Verjährung die Erwägung entgegen, dass mit Rücksicht auf die Vorschrift im §. 1080 des B.G.B. in der dem Darlehensvertrage beigefügten Zinsenstipulation die factische Erklärung des Darleihers: dem Schuldner das Darlehen mindestens auf Ein Jahr belassen zu wollen, also ein stillschweigend beigefügter dies im Zweifel gefunden werden muss, vor dessen Eintritte also die Verjährung schon nach der allgemeinen Regel oben im §. 37, B, 2 nicht ihren Anfang nehmen kann, während in dem oben zuerst erwähnten Falle die Zinszahlung nur in der Function der Unterbrechung einer bereits laufenden Verjährung auftritt.

§. 39. Fortsetzung. III. Zeitweilige und gänzliche Ausschliessung der Verjährung.

A. Nicht zu verwechseln mit jenen Interruptionsmöglichkeiten sind die von dem Gesetzbuche in §§. 154 bis 157 aufgestellten zahlreichen Beispiele zeitweiliger Suspendirung der Verjährung, für welche sich nur zum Theil Anknüpfungspuncte im gemeinen Rechte wiederfinden. Dieselben sind doppelter Art:

1. Theils haben sie ihren Grund in gewissen mit der Natur des in Frage befangenen Klagrechtes ausser Zusammenhange stehenden Ereignissen, welche die Möglichkeit der Rechtsverfolgung thatsächlich auf Zeit ausschliessen. Diese Fälle sind

vis major und
justitium (§. 157 des B.G.B.).

2. Theils beruhen sie auf einer eigenthümlichen Rechtslage, in welcher sich der Berechtigte im Allgemeinen oder doch dem Verpflichteten gegenüber zeitweilig befindet, so dass ihm die unterlassene Klaganstellung gleichfalls nicht zum Nachtheil gereichen darf. Dies ist der Fall

a. wenn die Parteien in dem Verhältnisse von Ehegatten, von Vormund und Mündel, von Hausvater und Hauskind zu einander stehen, auf die Dauer dieses Verhältnisses (§. 156 des B.G.B.). [Wegen der auf Auflösung einer bestehenden Ehe gerichteten Klagen und deren Verjährung kommen jedoch singuläre Vorschriften in Frage, über die das Nähere zu vergleichen im Familienrechte.]

b. Bei Klagen, welche einer bevormundeten Person gegen Dritte zustehen, soweit es sich dabei um die Anfechtung einer eigenen Handlung ihres zeitweiligen Vormundes handelt (§. 155 des B.G.B.), und soweit nicht etwa der Fall einer nichtigen Veräusserung von Mündelvermögen durch den Vormund in Frage steht, wo die speciellen Vorschriften in §§. 1948 und 1998 einzutreten haben würden.

c. Bei allen Personen, die nur durch gesetzliche Vertreter handeln können, solange ihnen diese Vertretung abgeht (§. 154 des B.G.B.).

Jedoch werden diese Fälle a., b., c insofern nicht ganz gleich behandelt, als in den sub 1, 2, a. und b. gedachten nicht bloss der Beginn der Verjährung gehindert, sondern auch eine schon laufende Verjährung sistirt wird, während in dem Falle sub 2, c. in der Regel nur die erstere Wirkung eintritt, eine bereits begonnene Verjährung aber trotzdem fortläuft, ausgenommen wenn und insoweit der Mangel der Vertretung gerade in das letzte Jahr der Verjährung oder in eine Verjährung von nur einjähriger resp. kürzerer Dauer fällt (§. 154 des B.G.B.).

Ueber die Zulässigkeit der Verjährung gegen Unmündige nach unserem zeitherige Rechte vgl. Roux in der Zeitschr. N. F. Bd VI. S. 305 ff.

B. Ganz ausgeschlossen ist die Verjährung nach §. 151 ausser in den schon gemeinrechtlichen Fällen der Theilungsklage und der actio finium regundorum auch noch bei Klagen auf Familienzustände, sowie bei Klagen auf Rechte, welche im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sind, so lange ihre Löschung daselbst nicht erfolgt ist, wobei nur, in ähnlicher Weise, wie in dem entsprechenden §. 28 des Hypothekengesetzes von 1843 geschieht, Klagen auf verfallene Zinsen hypothekarischer Capitalien oder auf sonstige im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene fortlaufende Abentrichtungen in Ansehung der jedesmaligen Rückstände ausgenommen sind. (Das Nähere hierüber im Sachenrechte.)

§. 40. Fortsetzung. IV. Von der sogenannten ku zen oder dreijährigen Verjährung.

Das Gesetz vom 23. Juli 1846 (cf. ob. §. 36, A, 1, b) hatte eine besonders beschleunigte Art der Verjährung für gewisse Gattungen von Forderungsrechten eingeführt, rücksichtlich deren im gewöhnlichen Handel und Wandel bei ihrer Bezahlung gar keine Quittung oder nur eine solche in leicht verlierbarer Form ertheilt zu werden pflegt. Die hierher gehörigen einzelnen Arten von Forderungen finden sich mit verhältnissmässig nur wenigen Abweichungen in §. 1017 des Gesetzbuches wieder zusammengestellt, und zwar berührt das Gesetzbuch diese Gattung von Verjährungen deshalb erst in der Lehre von den Forderungen, weil sie ausschiesslich für das Gebiet des Obligationenrechtes von Bedeutung ist, während die bisher besprochenen Grundsätze auf die Verjährbarkeit von Ansprüchen aller Art, also selbst solcher, die aus dinglichen Rechten abgeleitet sind, sich beziehen.

I. Zu den hauptsächlichen Abweichungen unseres jetzigen Rechtes von dem zeitherigen, auf dem Gesetze von 1846 beruhenden, in Betreff der einzelnen Gattungen der dieser Verjährungsart unterworfenen Forderungen gehört:

1. dass die unter das Gesetz von 1846 fallenden Alimentenforderungen nunmehr dieser kurzen Verjährung ganz entzogen sind, wodurch eine lebhafte Controverse unserer Spruchbehörden rücksichtlich der gegen den ausserehelichen Schwängerer geltend zu machenden Alimentenforderungen abgeschnitten worden ist;

2. dass, während das Gesetz von 1846 im §. 1 von den Forderungen der Kaufleute, Händler, Fabrikanten u. s. w. nur solche ausgenommen wissen wollte, die sich auf Gegenstände bezogen, womit der Schuldner wieder ein kaufmännisches Geschäft betreibt, jetzt nach §. 1017 sub 1 alle dergleichen Forderungen für Waaren und Arbeiten eximirt sind, die dem Schuldner zum Behufe eines eigenen Gewerbs- oder Handelsbetriebes geliefert worden.

II. Im Uebrigen galten und gelten beziehentlich noch von dieser Gattung der Verjährung folgende singuläre Grundsätze:

1. die Verjährungsfrist umfasst jetzt wie früher nur einen dreijährigen Zeitraum;

2. der Lauf dieser Frist beginnt nach wie vor nicht schon mit dem Eintritte der Klagbarkeit der betreffenden Forderung an sich, sondern der Regel nach erst mit dem Schlusse des jedesmaligen Kalenderjahres, innerhalb dessen die Forderung klagbar wurde.

Nach dem Gesetze von 1846 bestand für die aus einem gewissen dauernden Dienstverhältnisse (der in §. 1 sub 11 gedachten Art) herrührenden Lohn- resp. Honoraransprüche nur insofern eine Ausnahme, als für sie die dreijährige Frist unter allen Umständen, d. h. nicht früher und nicht später als mit Beendigung des betreffenden Dienstverhält-

nisses beginnen sollte. Das Gesetzbuch hat diese Ausnahme in Wegfall gebracht, dafür aber in §. 1018 zwei andere eingeführt, theils für die ärztlichen Honorare, die sich auf eine bestimmte Kur beziehen, theils für die in einem Rechtsstreite erwachsenen Gebühren und Verlagsforderungen der Gerichte und der Advokaten, die erst mit Schluss des Jahres, innerhalb dessen die ärztliche Kur resp. der Rechtsstreit oder die Vollmacht sich endigte, der Verjährung unterliegen sollen. Endlich hatte

3. das Gesetz von 1846 hinsichtlich der Unterbrechung dieser Verjährung eine Anzahl nicht unerheblicher Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen eingeführt, insofern es:

a. schon eine auf den Antrag des Gläubigers an den Schuldner zu erlassende sogenannte „gerichtliche Unterbrechungsnotification" und deren Behändigung der Klagbehändigung in ihren Wirkungen gleichstellte; und insofern es

b. dem im Laufe der Verjährung erfolgten Anerkenntnisse der Forderung die Interruptionswirkung nur dann zugestand, wenn dasselbe entweder schriftlich oder mündlich bei Gericht zu Protocoll erfolgt war, dann aber auch dergestalt, dass dann wie nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung immer nur die ordentliche Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen zu laufen beginnen konnte. Gleichwohl legte das Gesetz von 1846 inconsequenter Weise einem nach Ablauf der Verjährungsperiode ertheilten Zahlungsversprechen, selbst wenn es aussergerichtlich und mündlich erfolgt war, insoweit Kraft bei, als nunmehr, wegen der solchergestalt wieder ins Leben gerufenen Forderung, eine neue dreijährige Verjährung anhob. Das Gesetzbuch hat diese Singularitäten sämmtlich beseitigt, und es treten daher auch insoweit bei dieser Gattung von Verjährungen ganz die oben entwickelten allgemeinen Vorschriften über Unterbrechung derselben ein.

§. 41. Fortsetzung. V. Die Wirkungen der Verjährung.

I. Die gemeinrechtlich besonders streitige Frage, ob die Verjährung den der Klage zu Grunde liegenden Anspruch vollständig vernichte, oder nur dessen Klagbarkeit aufhebe, also bei Verjährung von Forderungen diese in obligationes naturales verwandle, konnte bei uns schon nach zeitherigem Rechte nicht mehr als zweifelhaft betrachtet werden, vielmehr war bei uns die erstere Ansicht schon längst die recipirte und fand auch in der Sprache unserer Gesetze insofern Unterstützung, als man darin vielfach Ausdrücken begegnet, wie „Verjährung der Forderung“ und „Erlöschen des Anspruches durch Verjährung“ (z. B. in dem Mandate vom 13. November 1779 no. I, im Generale vom 14. December 1801, §. 7 —). Das Gesetzbuch schliesst sich dem in §. 170 ausdrücklich an, wenn auch natürlich unbeschadet der vereinzelten schwächeren Wirkungen, welche es selbst den verjährten Forderungsrechten immer noch beigelegt wissen will (vergl. das oben §. 35 I. Gesagte verb. mit §. 1454 Satz 2 des B.G.B.). Betreffs der Benutzbarkeit verjährter Forderungen zur Compensation geht das Gesetzbuch sogar noch weiter als unsere zeitherige Praxis. Allgemein war man nämlich darüber schon zeither einverstanden, dass eine Forderung, welche bereits verjährt gewesen, bevor die gegnerische Forderung entstand oder auch nur fällig wurde, gegen diese nachmals nicht in Aufrechnung gebracht werden könne. An sich folgt aber hieraus noch nicht nothwendig, dass das Gleiche auch für den Fall gelten müsse, wenn die in Gegenrechnung zu bringende Forderung zwar zur Zeit der Vorschützung der Ausflucht verjährt ist, aber zu einem gewissen früheren Zeitpuncte neben der Forderung des Gegners bereits unter Voraussetzungen bestanden hat, welche beide Forderungen damals als compensabel erscheinen liessen. In diesem Falle hängt die Frage wegen

Zulassung der Compensation von der andern ab, ob man diesselbe ex nunc oder ex tunc zu beantworten habe, d. h. ob nicht die Wirkung der Vorschützung der Compensationseinrede im Processe nach dem Grundsatze compensatio fit ipso jure auch in diesem Falle auf den Moment zurückbezogen werden dürfe, wo die Bedingungen der Compensabilität bereits eingetreten waren. Das Oberappellationsgericht hatte sich nach mehrfachem Wechsel in seiner Ansicht neuerdings bestimmt für die letztere bejahende Meinung ausgesprochen (Annalen des O.A.G. Bd. I. S. 20.). Das Gesetzbuch dagegen befolgt (nach §§. 992 verbunden mit 170 und den dazu gehörigen Motiven) das gegentheilige Princip (cf. Siebenhaar, Zeitschr. für Rechtspfl. und. Verw. Bd. XXIX. S. 97 ff.) und tritt dadurch in Widerspruch mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie (Savigny, Syst. Bd. V. S. 403.).

II. Wo sich neben dem der Verjährung unterliegenden Anspruche ein Recht, auf welchem derselbe beruht, unterscheiden lässt, z. B. bei Ansprüchen aus dinglichen Rechten, bleibt trotz der Verjährung des concreten Anspruches das Recht selbst in der Regel unberührt, unbeschadet natürlich der je nach Beschaffenheit des Hauptrechtes gegebenen Möglichkeit eines Erlöschens desselben durch Nichtgebrauch, wie solche von dem bürgerlichen Gesetzbuche bei den Grunddienstbarkeiten und den persönlichen Dienstbarkeiten anerkannt ist: §§. 596 und 655 des B.G.B.

Soviel dagegen die sogenannten prästationes annuae d. h. die auf jährlich wiederkehrende Leistungen gerichteten Rechte anlangt, so entschied schon die c. 2, pte. II. die diesfalls bestehende gemeinrechtliche Controverse dahin, dass bei gänzlichem Ausbleiben der einzelnen terminlichen Leistungen während der vollen Verjährungszeit im Falle unterlassener Klaganstellung nicht bloss der Anspruch auf

die einzelnen Rückstände, sondern allerdings das Hauptrecht selbst erlösche, so dass dann weder diejenigen Rückstände, rücksichtlich deren an sich die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen sein würde, noch auch die künftigen Termine ferner gefordert werden konnten. Soweit freilich dergleichen Rechte im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sind, kann von einem Erlöschen derselben auf diesem Wege wegen des oben im §. 39, B am Ende erwähnten Grundsatzes unseres Grundbuchsystems nicht mehr die Rede sein, und wenn gleichwohl das Gesetzbuch im §. 160 den Inhalt der Constitution im Wesentlichen wieder aufnimmt, so kann dies nur auf rein obligatorische Rechtsverhältnisse, also gerade auf solche bezogen werden, bei denen strenggenommen ein Recht auf die einzelne Leistung und ein darüber stehendes Hauptrecht sich oft gar nicht unterscheiden lässt. Zu vergl. jedoch §§. 2472 ff. des B.G.B. Die verwandte Bestimmung im §. 674 hat dagegen lediglich in der accessorischen Natur der Zinsenforderung gegenüber der verzinslichen Hauptforderung ihren Grund.

III. Auch bei uns erzeugt übrigens der ungehinderte Ablauf der Verjährung zunächst nur eine exceptio temporis seu praescriptionis. Unsere frühere Landesgesetzgebung ging jedoch sogar so weit, den erkennenden Richter anzuweisen, dass er diese Einrede auch im Falle ihrer unterlassenen Vorschützung im Processe, dafern nur das Vorhandensein ihrer Voraussetzungen sofort aus den Acten liquid sei, von Amtswegen berücksichtige, also supplire (c. 25, pte. I.).

Das Gesetzbuch §. 153 hat jedoch diese Anomalie beseitigt, so dass nunmehr insoweit die gedachte Einrede processualisch wie jede andere peremtorische Ausflucht zu behandeln ist.

§. 42. Von den Zeitbestimmungen.

Ausser bei dem Institute der Verjährung kommen auch überall da, wo an den Ablauf eines bestimmten Zeitraumes, sei es von dem Gesetze oder durch den Richter oder durch Privatwillen gewisse Rechtsfolgen geknüpft sind, für die Berechnung dieses Zeitraumes die in §§. 82 bis 87 des B.G.B. aufgestellten Regeln zur Anwendung, soweit nicht bei richterlichen Fristen, z. B. §. 2266 oder 2497 des B.G.B. von dem Richter, oder in den der Privatdisposition unterliegenden Fällen von den Betheiligten abweichende Normen festgesetzt werden. Auch versteht es sich von selbst, dass für die Berechnung processualischer Fristen nach wie vor die Processgesetze entscheiden. Die Hauptgrundsätze sind folgende:

a. Die Römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen tempus utile und continuum ist gegenwärtig nicht weiter anwendbar, d. h. alle Fristen sind continuo zu berechnen.

b. Bei monatlichen oder jährlichen Zeitfristen — gleichviel ob solche durch Privatwillen, richterliche Verfügung oder Gesetz bestimmt sind — ist nicht der Monat zu 30 und das Jahr zu 365 Tagen, sondern der bezügliche Zeitraum dergestalt a dato ad datum zu berechnen, dass die Frist mit dem entsprechenden, gleichnummerigen Kalendertage im entscheidenden Monate oder Jahre zu Ende geht, ohne Rücksicht darauf, ob der hierin begriffene Zeitraum etwa in concreto wegen der verschiedenen kalendermässigen Länge der in Frage kommenden einzelnen Monate resp. Jahre mehr oder weniger als 30 resp. 365 Tage u. s. w. umfasst. Existirt das entsprechende Datum im Schlussmonate nicht, so bildet der letzte Tag dieses Monats immer den Endtermin (§§. 83, 85 des B.G.B.).

c. Der Schalttag wird als gewöhnlicher, für sich zu zählender Kalendertag gerechnet, kommt aber freilich nach dem zu b. Bemerkten bei monatlichen oder jähr-

lichen Fristen in der Regel nicht weiter in Betracht. Gehet jedoch ein in Jahren ausgedrückter Zeitraum, der in einem Schaltjahre am 29. Februar zu laufen beginnt, in einem gemeinen Jahre zu Ende, so fällt der Schluss des Zeitraumes auf den 28. Februar (§. 85, Abs. 2 des B.G.B.).

d. Die Ausnahmebestimmungen am Schlusse der §§. 83, 85 des B.G.B. beziehen sich auf Fälle, wo nicht ein fortlaufender mehrmonatlicher oder mehrjähriger Zeitraum in Frage stehet, gleichviel ob das betreffende Zeitmass in Monaten oder in Jahren ausgedrückt ist, z. B. wenn der Erblasser dem Erben letztwillig zur Pflicht gemacht hat, jährlich immer einen Monat im Nachlassgrundstücke zu wohnen. Hier muss es genügen, wenn der Erbe dreissig beliebige Tage im Laufe eines Jahres hindurch in dem betreffenden Grundstücke sich aufhält.

e. Für die in Wochen ausgedrückten Fristen z. B. im §. 1225 des B.G.B. fehlt es an einer besonderen Vorschrift, und man wird daher insoweit die sub b. gedachten Grundsätze dergestalt anzuwenden haben, dass der jedesmalige gleichnamige Wochentag in der entscheidenden Woche den Endpunct der Frist bildet.

f. Bei einer Frist, die von einem gewissen Ereignisse an zu laufen beginnen soll, ist dem §. 87 des B.G.B. zufolge so zu rechnen, dass nicht der Tag, an welchem das Ereigniss sich zutrug, sondern der darauffolgende als erster der Frist gilt. Somit läuft die letztere von der auf das Ereigniss folgenden nächsten Mitternachtsstunde bis zu dem Schlusse des Tages, in welchen der mathematische Endpunct der Frist fällt, so dass hierdurch der gemeinrechtliche Satz: dies ultimus coeptus pro completo habetur nunmehr für alle Fälle beseitigt erscheint, ohne Unterschied, ob es sich um einen an den Ablauf der Frist geknüpften Rechtserwerb oder Rechtsverlust handelt. Von dieser Berechnungsweise wird vornehmlich bei den in

Tagen ausgedrückten Fristen, z. B. in den Fällen der §§. 230, 926, 1771 f. Gebrauch zu machen sein; denn bei den Monats- und Jahresfristen und ebenso bei den nach Wochen ausgedrückten führt die oben ad b und e erwähnte Berechnungsweise a dato ad datum ohnehin der Sache nach auf dasselbe Resultat, sobald man dort nur, wie es nach der Absicht des Gesetzgebers geboten erscheint, den letzten entscheidenden Kalendertag jedesmal voll in die fragliche Frist mit einrechnet. Damit ist jedoch natürlich nicht gesagt: dass es sachlich völlig gleichgültig sei, ob eine Frist nach Tagen, Wochen oder Monaten ausgedrückt werde. Im Gegentheile wird hierdurch ungeachtet des in allen diesen Fällen allerdings gleichmässig zu befolgenden Princips betreffs der vollen Einrechnung des jedesmaligen Schlusstages immer eine kleine Differenz begründet sein: z. B. bei den anscheinend gleichlangen Fristen von vier Wochen in §. 239, oder von dreissig Tagen in §§. 787 und 1218 des B.G.B., oder von einem Monat in §§. 807 und 2497 des B.G.B. stellt sich die Sache so, dass bei vier Wochen vom 21. März 1868 die Frist bis zum 18. April einschliesslich reicht, bei dreissig Tagen vom 21. März 1868 bis zum 20. April inclusive, bei der Frist von einem Monate vom 21. März 1868 bis zum 21. April inclusive.

g. Endlich wird bei einer nach Stunden ausgedrückten gesetzlichen Frist mit Rücksicht auf die Bestimmung in §. 82 des B.G.B. an der natürlichen Berechnungsweise a momento ad momentum festzuhalten sein, so z. B. in den Fällen der §§. 494, 925 des B.G.B.

§. 43. Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung.

Ueber die formelle Bedeutung der Rechtskraft und über die Art der Herbeiführung eines rechtskräftigen Enderkenntnisses entscheiden die Processgesetze.

Hier interessiren nur die beiden materiell-rechtlichen Fragen:

a. in welcher Weise die res judicata auf das durch sie festgestellte Rechtsverhältniss einwirke, und

b. rücksichtlich welcher Personen sie ihre verbindende Kraft äussere.

Die Frage unter a beantwortet sich nach §. 176 des B.G.B. dahin, dass der zur Rechtskraft gediehene Anspruch, soweit er überhaupt im einzelnen Falle eine rein materiellrechtliche Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses enthält, für letzteres dergestalt als neue, formell-selbständige Grundlage zu gelten habe, dass dasselbe nunmehr nicht weiter zum Gegenstande wiederholter processualer Erörterungen zwischen denselben Parteien gemacht werden kann, und fortan nicht weiter zu untersuchen ist, wie dasselbe an sich beschaffen gewesen.

Hierin liegt zwar das Anerkenntniss der factischen Möglichkeit einer Abweichung des erlangten Processergebnisses von der ursprünglichen Gestalt des Rechtsverhältnisses, aber keineswegs die Statuirung einer wirklichen Novation, die mit dem auch in unserer heutigen Processtheorie fortgeltenden Satze: „res judicata pro veritate accipitur“ nicht in Einklang zu bringen sein würde. Vielmehr erscheint die regelmässige Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses immer nur als Umwandelung des Rechtsverhältnisses aus einem streitigen in ein unbestrittenes, d. h. in ein durch die Berufung auf die res judicata jederzeit wirksam zu schützendes. Etwas Weiteres als dieses soll daher auch voraussetzlich nicht damit gesagt sein, wenn das Gesetzbuch die res judicata in den speciellen Lehren häufig als selbständigen Grund der Entstehung, resp. Erlöschung von Rechten behandelt, z. B. in den §§. 277, 395, 674, 1006 des B.G.B. Nur der Ausspruch des Theilungsrichters bringt unter Umständen ein bisher noch nicht dagewesenes Recht wirklich erst zur

Entstehung (§§. 257, 956, 2343 ff. des B.G.B.). Anlangend die zu

b. erwähnte Frage, so gilt nach §. 177 des B.G.B. nicht bloss im Allgemeinen der Grundsatz res judicata jus non facit nisi inter partes mit der selbstverständlichen Erweiterung desselben auf die Rechtsnachfolger der Parteien als Regel, sondern es werden auch von diesem Principe mehrfache Anwendungen in den einzelnen Lehren gemacht; so bei den Gesammtschuldverhältnissen dahin, dass nach §. 1032 des B.G.B. die für oder gegen einen Gesammtgläubiger, resp. einen Gesammtschuldner ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen über das Gesammtschuldverhältniss nie für oder gegen die übrigen Gläubiger oder Schuldner wirken; ferner bei den Miteigenthümern in §. 332 des B.G.B. dahin, dass ein wegen einer die gemeinschaftliche Sache betreffenden Dienstbarkeit zwischen einem Miteigenthümer und einem Dritten ergangenes rechtskräftiges Enderkenntniss gleichfalls weder für noch gegen die übrigen Miteigenthümer wirkt. In letzterer Beziehung geht also das Gesetzbuch sogar weiter als das gemeine Recht, welches dem bei dem Processe nicht betheiligt gewesenen Miteigenthümer ein von den andern Miteigenthümern erwirktes Erkenntniss mindestens zu seinen Gunsten zu statten kommen lässt. Umgekehrt statuirt das Gesetzbuch in §§. 1857, 1865, 1866 mehrere Ausnahmen von obigem Satze, von welchen die erste gemeinrechtlichen Ursprunges ist, die anderen beiden dagegen aus dem insoweit durch unsere zeitherige, nicht ganz conforme Praxis hervorgerufenen practischen Bedürfnisse sich erklären. (Das Nähere siehe im Familienrechte.)

§. 44. Selbsthülfe.

I. Der Begriff der Selbsthülfe, wie ihn das Gesetzbuch in den §§. 178 ff. aufstellt, umfasst sowohl die Fälle der Selbstvertheidigung, als auch die der Anwendung von

Eigenmacht zum Zwecke der Selbstbefriedigung, correspondirt also insofern sowohl mit den von der Nothwehr, als den von der Selbsthülfe im engeren Sinne handelnden Bestimmungen in Art. 91 und 247 des revidirten Strafgesetzbuches verbunden mit Art. 80 der revidirten Strafprocessordnung. Für beide Richtungen geht das Gesetzbuch von dem gemeinsamen Grundsatze aus: dass die zu den angegebenen Zwecken angewandte Gewalt nicht über das Mass des gerade Nöthigen hinausgehen dürfe (§. 185 des B.G.B.). Abgesehen hiervon erscheint aber die Selbstvertheidigung nach §. 178 des B.G.B. regelmässig als erlaubt und die in den §§. 181—184 enthaltenen einzelnen Vorschriften können nur als ebensoviele Anwendungen dieses Principes gelten.

Wegen des an sich nach §. 182 des B.G.B. zu beurtheilenden Falles der Tödtung eines auf fremder Wildbahn revierenden Hundes oder einer solchen Katze ist jetzt noch die besondere Bestimmung in §. 35 des Gesetzes: die Ausübung der Jagd betreffend vom 1. Decbr. 1864 zu vergleichen. Rücksichtlich des unter §. 138 zu subsumirenden Falles des Niederreissens eines fremden Gebäudes zu dem Zwecke, um dadurch die Gefahr der Fortpflanzung eines ausgebrochenen Brandes auf die benachbarten Grundstücke zu verhüten, sind einschlagend die §§. 9 und 77 des Gesetzes: das Immobiliarbrandversicherungswesen betreffend vom 23. August 1862, wo dessen freilich nur in dem Sinne gedacht wird, dass die Landesimmobiliarbrandcasse in der Regel nur dann die Versicherungssumme für die solchenfalls niedergerissenen Gebäude, beziehentlich eine sonstige ausnahmsweise Vergütung gewährt, wenn das Niederreissen auf Anordnung der zuständigen Behörde erfolgte.

Umgekehrt hat die Selbsthülfe im obigen zweiten oder engeren Sinne, selbst wenn das Mass der zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Gewaltanwendung nicht über-

schritten worden sein sollte, regelmässig für unerlaubt zu gelten und kann nur dadurch zur erlaubten werden, wenn die richterliche Hülfe nicht so rechtzeitig zu erlangen sein sollte, um den mir ausserdem drohenden Verlust abzuwenden (§§. 179 und 180 des B.G.B.). Den auf diese Selbsthülfe im engeren Sinne bezüglichen Vorschriften des Römischen Rechtes und den hier angeordneten, auf eine Verwirkung des eigenmächtig verfolgten Rechtes hinauslaufenden Privatstrafen hat unsere vaterländische Jurisprudenz von jeher auf Grund mehrerer Stellen des Sachsenspiegels Buch III. Art. 43 und 47 und Glosse zum Weichbilde Art. 29 die Anwendbarkeit versagt und daran festgehalten, dass derjenige, der sich eigenmächtig in den Besitz einer Sache, sei es der eigenen, oder einer fremden, gesetzt habe, nur zur Wiederaufgabe des unrechtmässig erlangten Besitzes und der damit verbundenen Vortheile gehalten sei. Diese Praxis fand auch in dem Generale vom 19. Februar 1789 später insofern sogar gesetzliche Anerkennung, als dort demjenigen von mehreren Erbprätendenten, welcher sich eines erledigten Lehngutes zu bemächtigen suchen sollte, gleichfalls nur Besitzverlust und daneben die gesetzliche Strafe angedroht wird. Unter letzterer hatte man aber schon damals die auf die unerlaubte Selbsthülfe gesetzte Criminalstrafe (jetzt also Art. 247 unseres revidirten Strafgesetzbuches) zu verstehen. Auch das bürgerliche Gesetzbuch, indem es in vorstehend entwickelter Weise die Gränzen der erlaubten Selbsthülfe zieht, vermeidet es: an deren Ueberschreitung besondere civilrechtliche Nachtheile zu knüpfen, so dass insoweit nun die allgemeinen Grundsätze über fehlerhaften Besitz resp. Ersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen u. s. w. einzutreten haben.

II. Ein Hauptfall der erlaubten Selbsthülfe ist noch jetzt das sogenannte Pfändungsrecht.

A. Die unter dem Namen Pfändungsrecht dem früheren

Deutschen Rechte bekannte Befugniss gewisser Gläubiger, sich durch aussergerichtliche Beschlagnahme zulänglicher Vermögensstücke ihres Schuldners Deckung wegen ihrer Forderungen zu verschaffen, findet sich selbst für die Fälle, wo sich dasselbe in anderen Deutschen Territorien am längsten erhalten hat (nämlich zu dem Zwecke der Eintreibung von Zinsrückständen seiten des Zinsherrn), bereits in der const. 39 pte. II. ausdrücklich reprobirt. Somit gestattet auch das bürgerliche Gesetzbuch nur aus dem oben erwähnten Gesichtspuncte der Selbsthülfe im engeren Sinne (vgl. das oben unter I Gesagte) in den §§. 179, 180 für die Fälle, wo Gefahr im Verzuge und sofortige richterliche Hülfe nicht zu erlangen ist, Wegnahme der nöthigen Deckungsmittel und dann, wenn der Schuldner noch überdem der Flucht verdächtig ist, sogar Festhaltung seiner Person, beides jedoch nur unter der Voraussetzung alsbaldiger Ueberantwortung der Person oder der Sachen an den Richter.

B. Unter Pfändungsrecht im engeren Sinne versteht man dagegen nach heutigem Sprachgebrauche das dem Besitzer, resp. Detentor eines **Grundstückes** oder dem Quasibesitzer eines auf fremden Grund und Boden auszuübenden Rechtes zuständige Befugniss, sich der Belästigungen oder Beschädigungen des Grundstückes seiten unberechtigter dritter Personen oder seiten fremder Thiere unter gewissen Voraussetzungen dadurch zu erwehren, dass man dem Dritten zugehörige bewegliche Sachen, resp. das betreffende fremde Thier selbst einstweilen an sich nimmt. In diesem letzteren Sinne gilt die Pfändung theils als Mittel, dem Schädenanspruche des Berechtigten zur Anerkennung zu verhelfen, und seinem Verlangen nach Sühnung des Geschehenen Nachdruck zu geben, theils bezweckt sie auch oft nur die Wahrung des gestörten Besitzes, und dient also in Fällen, wo ein wirklicher Schaden noch nicht eingetreten ist, lediglich als

vorbeugende Massregel gegen den aus der Besitzstörung an sich drohenden etwaigen Rechtsverlust.

Dem Sachsenspiegel Buch II. Cap. 47 war der Gesichtspunct eines derartigen Besitzrechtsmittels noch durchaus fremd. In der Constitutionengesetzgebung aber, welche in c.7, 8, 27 pte. II. auf die Lehre nach verschiedenen Richtungen hin eingehet, tritt derselbe bereits stark in den Vordergrund und ist seitdem fast der vorherrschende geblieben.

1. Nach zeitherigem Rechte waren die Voraussetzungen einer legalen Pfändung dieser Art im Wesentlichen die gemeinrechtlichen (vgl. Gerber, Syst. §. 70); nur dass nach der c. 7. pte. II. noch die Verpflichtung des Pfändenden hinzutrat, das abgenommene Pfand alsbald an das zuständige Gericht abzuliefern. Der judex rei sitae war hier der competente.

Die Wirkungen einer legalen Pfändung bestanden dagegen bisher

a. darin, dass der Gepfändete, resp. der Eigenthümer des abgepfändeten Thieres zur Einlösung des Pfandes verpflichtet wurde. Ausser der Ersatzleistung für den etwa angerichteten Schaden hatte er nämlich dem Pfändenden auch noch das sogenannte Pfandgeld, technisch Pfandschilling, bestehend nach der gerichtsbräuchlichen Annahme in einem Schillingpfennige (= 16 alten Pfennigen) zu entrichten. War der Gepfändete in der Einlösung des Pfandes säumig, so hatte er nach der c.27. pte. II. ferner noch an den Gerichtsherrn bei Pfändern aller Art eine besondere Busse, das sogenannte Standgeld abzuführen, nämlich für jede Nacht „wo er das Pfand muthwillig stehen gelassen, drei Schillingpfennige“ (nach heutigem Gelde 5 Ngr.); endlich bei lebenden Pfändern hatte er dem Richter ausser den Fütterungskosten und sonstigen Gerichtsgebühren noch überdem die sogenannte Ständegebühr zu erlegen (12 Pfennige für grössere, 4 Pfennige für kleinere

Thiere pro Tag: (zu vergleichen revid. Taxordnung vom 26. November 1840. Abschn. III, pos. 67);

b. in der Begründung eines gültigen Retentionsrechtes (nicht also eines wirklichen Pfandrechtes) für den Pfändenden, resp. den Richter oder Gerichtsherrn, so lange den vorstehenden Verpflichtungen nicht genügt war. Zur Veräusserung des Pfandes durfte der Richter erst schreiten, wenn das Pfand „sich verstanden hatte“ (c. 27. pte. II.), d. h. wenn sein Werth die darauf haftenden Ansprüche nicht mehr zu decken versprach;

c. in der Unterbrechung der Verjährung, wo dieselbe — je nach der Qualification der zur Pfändung Anlass gebenden Handlung — überhaupt in Frage kommen konnte. Gerade für diesen Zweck erfordert aber die c. 7. cit. ausdrücklich die Ablieferung des Pfandes in Gerichtshand, und die von Kori (Erört. Bd. II. S. 110 ff. Ausg. 2.) vertheidigte gegentheilige Ansicht lässt sich mit demjenigen, was über die Entstehungsgeschichte der const. 7. neuerdings aus den bisher noch ungedruckten Quellen bekannt geworden ist (zu vergl. Schletter: die Constitutionen Kurfürst August's S. 177, woselbst statt der verdruckten Ziffer 9 zu lesen const. 7.), nicht weiter in Einklang bringen.

Dagegen war sowohl der etwaige Schädenanspruch des Verletzten, als auch der Gebrauch des possessorii summarii von der Voraussetzung der Legalität der Pfändung in obigem Sinne nach der richtigeren Ansicht nicht abhängig (Kind, quaest. for. III. cap. 37.). Auch blieb es natürlich sehr wohl denkbar, dass ungeachtet der Illegalität der Pfändung mit selbiger eine thatsächliche Entsetzung des Gepfändeten aus dem Besitze oder Quasibesitze verbunden sei, und aus diesem Grunde eine Unterbrechung der Verjährung im einzelnen Falle auch durch sie herbeigeführt werden konnte.

2. Dass auch das Bürgerliche Gesetzbuch den

doppelten Character des Pfändungsrechtes, einmal als Schutzmittel gegen bereits erlittene Vermögensschädigung und sodann als blosses Besitzschutzmittel, namentlich zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung beibehalten, für letzteren Zweck aber gleichfalls eine Pfändung im legalen Sinne erfordert habe, ergiebt sich aus dessen §§. 488 ff. verbunden mit §. 586. Dabei wird aber an sich nicht mehr Niederlegung des Pfandstückes in Gerichtshand, sondern nur Anzeige der erfolgten Pfändung bei Gericht und zwar binnen der nächsten achtundvierzig Stunden erfordert, während es im Uebrigen nur als ein dem Gepfändeten unter Umständen zustehendes Recht erscheint, die Ablieferung des Pfandes an eine der nächsten Ortsbehörden zu verlangen, dafern ihm nämlich die Person des Pfändenden unbekannt sein sollte (§. 494 verb. mit 492 des B.G.B. und §. 9 der A.V.O.).

Soweit hiernächst bei der Pfändung die Deckung eines bereits gegenwärtigen Vermögensschadens bezweckt ist, soll das Pfandstück künftig die Natur eines förmlichen Faustpfandes haben, wodurch sich auch die Stellung der Lehre im Pfandrechte erklärt (§. 493 des B.G.B. a. E.). Nur darf nicht übersehen werden, dass nach der dem Gesetzbuche zu Grunde liegenden Auffassung von dem Wesen des Faustpfandes dem letzteren überhaupt nur noch die Wirkung eines qualificirten Retentionsrechtes beigelegt wird.

Weiter erhöht zwar das Gesetzbuch im §. 394 den Pfandschilling auf 5 Ngr., lässt aber dafür dem Pfändenden auch nur noch die Wahl, ob er diesen oder den Ersatz der solchenfalls von ihm freilich auch besonders zu quantificirenden und zu erweisenden Schäden zu beanspruchen gemeint sei.

Das oben sub a. erwähnte sogenannte Ständegeld des Gerichtsherrn ist nunmehr verschwunden, dagegen die in der Taxordnung erwähnte Ständegebühr des Richters auch

jetzt noch als practisch gültig zu betrachten. Uebrigens hält auch das Gesetzbuch in Uebereinstimmung mit unserem zeitherigen Rechte daran fest, dass nicht bloss der dinglich an der Sache Berechtigte resp. der juristische Besitzer derselben, sondern auch z. B. der Pachter, falls die Rechtsverletzung von der Art ist, dass sie eine Beeinträchtigung seines Pachtrechtes involvirt, die Pfändung auf eigene Rechnung vorzunehmen befugt sei (§. 488 des B.G.B.). Die Festhaltung der Person des Gepfändeten ist nur unter den oben unter a. am Ende gedachten allgemeinen Voraussetzungen gestattet (§. 491 d. B.G.B.).

II. Theil.

Das Sachenrecht.

I. Abtheilung.

Von dem Besitze.

§. 45. Begriff.

(Sachbesitz und Rechtsbesitz; Besitz und Innehabung.)

I. Das Gesetzbuch beschränkt die Besitzlehre nur auf das Gebiet des Sachenrechtes, indem der dem eigentlichen oder dem Sachbesitze gegenübergestellte Rechtsbesitz (Quasibesitz) nur noch in der Anwendung auf jura in re und auch hier keineswegs bei allen, sondern nur bei den Dienstbarkeiten und dem ihnen unter Umständen gleichgestellten Superficiarrechte (Bau- und Kellerrechte) vorkommt (zu vergl. §§. 530, 556 ff., 602 verb. mit 512). Die kanonisch- und Deutschrechtliche Ausdehnung des Besitzbegriffes auf Obligationen und familienrechtliche Verhältnisse ist hierdurch stillschweigend beseitigt. Für beide, den Sach- und Rechtsbesitz, ergiebt sich also wieder — wie nach Römischem Rechte — der gemeinschaftliche Gesichtspunkt einer thatsächlichen Willensherrschaft über die Sache, und zwar kann in Bezug auf das für beide vorauszusetzende äussere Gewaltsverhältniss der Person zur Sache der Rechtsbesitz dem Sachbesitze unter Um-

ständen ganz gleichstehen (z. B. bei dem Rechtsbesitze des Niessbrauchers). Nur der Wille des Besitzenden muss bei dem Rechtsbesitze nothwendig ein objectiv beschränkterer sein, als bei dem Sachbesitze, insofern er bei letzterem die Sache in der Totalität ihrer Beziehungen, bei ersterem nur in einer derselben oder einer Mehrheit einzelner Beziehungen erfasst.

II. Abgesehen hiervon kann ebensowohl beim Rechtsbesitze als beim Sachbesitze die Richtung jenes Willens subjectiv wieder eine verschiedene sein, jenachdem der Besitzende die ihm gebotene Füglichkeit, auf die Sache äusserlich einzuwirken, entweder für sich selbst oder zunächst nur für einen Anderen zu benutzen gewillt ist. Hierdurch erhält man den Gegensatz zwischen Besitz im engeren oder technischen Sinne (juristischer Besitz) und der blossen Innehabung (Detention), welchen das Gesetzbuch in §. 186 zwar nur für den Sachbesitz ausdrücklich hervorhebt, der aber, wie die meisten der dort und den folgenden Paragraphen zusammengestellten Grundsätze, in Gemässheit der Bestimmung des §. 530 des B.G.B. auch auf den Rechtsbesitz analog Anwendung zu leiden hat. Beim Sachbesitze erscheint dieser technische Besitzwille als der sogenannte animus domini oder animus rem sibi habendi, den das Gesetzbuch §. 186 als den „Willen, für sich Eigenthum an der Sache auszuüben", wiedergiebt. Hierin kann jedoch ein Mehreres nicht liegen sollen, als dass der Besitzer die Sache wie eine eigene d. h. also für sich und in ihrer Totalität zu besitzen Willens sein müsse. Dass namentlich dem Besitzer hierdurch nicht die Vorstellung: wirklicher Eigenthümer der Sache zu sein, zugeschrieben werden soll, folgt zur Genüge aus dem Gegensatze des gegenwärtigen Paragraphen zu dem §. 188 des B.G.B., und so wird man in dem §. 186, wenn man den Hauptnachdruck auf das Wort „ausüben" legt, den an sich berechtigten Gedanken wieder-

finden dürfen, dass der Sachbesitz diejenige thatsächliche Willensherrschaft über die Sache sei, welche sich in gleichem Umfange, wie die rechtliche des Eigenthümers, aber ohne Beziehung auf fremdes Recht, lediglich im eigenen Interesse an der Sache zu bethätigen strebt.

Umgekehrt ist aber auch das für die Innehabung immerhin erforderliche Willensmoment insofern wenigstens indirect im Gesetzbuche angedeutet als nur von dem, der sich des äusserlichen Gewaltverhältnisses zur Sache auch wirklich bewusst und es zu benutzen entschlossen ist, mit Grund gesagt werden kann, dass er — wie es in §. 186 heisst — die Sache in seiner Macht habe.

§. 46. Von dem Sachbesitze insbesondere.

A. Die verschiedenen Eigenschaften eines solchen. Das Gesetzbuch unterscheidet hier

1. den rechtmässigen, §. 187,
2. den redlichen, §. 188,
3. den fehlerhaften Besitz, §. 190.

Und zwar wird

zu 1. der rechtmässige d. h. hier titulirte Besitz demjenigen zugeschrieben, der einen zum Eigenthumserwerbe im Allgemeinen geeigneten Rechtsgrund zugleich für sich hat, gleichviel übrigens, ob dieser Rechtsgrund in concreto sich als wirksam erweist und ob der Besitzer dessen Wirkungslosigkeit im einzelnen Falle kannte oder nicht. Für die Besitzlehre an sich ist diese Qualification nicht von Bedeutung, sondern nur für die Lehre vom Eigenthumserwerbe und insbesondere von der Ersitzung (§. 261 verb. mit §§. 325 ff.).

Zu 2. Der redliche Besitz setzt nach §. 188 einfach den wirklich vorhandenen, wenn auch irrigen, Glauben des Besitzers: Eigenthümer der Sache zu sein, voraus. Die Entschuldbarkeit dieses Irrthums ist nur für die zum Ersitzungserwerbe zu benutzende bonae fidei possessio

wesentlich (§. 267). In allen übrigen Fällen, wo der redliche Besitz von gewissen besonderen rechtlichen Folgen begleitet ist, kommt auf diese Entschuldbarkeit an sich nichts an, z. B. beim Fruchterwerbe (§. 244 des B.G.B.), ferner bei der Frage nach der Haftung des mit der Eigenthumsklage belangten Besitzers (§§. 304, 308 ff. des B.G.B.), bei der Berechtigung des Besitzers zur Pfandbestellung (§§. 469 ff. des B.G.B.). Indessen kann natürlich auch hier die Bewandtniss der Sache von der Art sein, dass die Annahme einer bona fides mit ihr überhaupt unvereinbar erscheint, wo dann die an sich für ihr Vorhandensein nach §. 188 des B.G.B. streitende Vermuthung von selbst als widerlegt gelten muss. Auch bedarf die in unserem Gesetzesparagraphen gegebene Begriffsbestimmung insofern noch einer Restriction, als bei Immobilien, woran das Eigenthum nur durch Ingrossation erlangt wird, ungeachtet des aus dem Grund- und Hypothekenbuche sofort zu ersehenden Eigenthumseintrages eines Dritten dennoch ein redlicher Besitz mit den ihm gesetzlich zukommenden Wirkungen nicht bloss dann als möglich gedacht werden darf, wenn sich der Besitzer irriger Weise eingetragen glaubt, sondern auch schon dann, wenn der Besitzer nur einen gültigen Rechtsgrund zur Eintragung für sich zu haben meint, da ausserdem die auf den Immobilienverkehr wesentlich mit berechneten Vorschriften der §§. 308, 309 des B.G.B. — soweit sie zwischen redlichem und unredlichem Besitze unterscheiden — für den Besitz an unbeweglichen Sachen so gut wie unpractisch werden würden.

Zu 3. Die möglichen Besitzfehler sind im Allgemeinen nach §. 190 des B.G.B. die gemeinrechtlichen, also vi, clam, precario. Insbesondere ist unter Gewalt hier jede offene Eigenmacht zu verstehen. Indessen ist jedenfalls vor der Identificirung der Gegensätze zwischen gewaltsamer und heimlicher Besitzentziehung mit unseren

heutigen strafrechtlichen Begriffen des Raubes und der Entwendung zu warnen, da einerseits der Diebstahlsbegriff keineswegs nothwendig und immer die Heimlichkeit der Aneignung der Sache zu ihrer Voraussetzung hat, andererseits es Fälle der räuberischen Erpressung giebt, bei welchen der geübte Zwang gegen die Person zunächst auf Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit erst nachfolgender Uebertragung des Besitzes gerichtet war, so dass hier der nächste und unmittelbare Grund des Besitzerwerbes auf der einen und des Besitzverlustes auf der andern Seite überhaupt nicht in der geübten Gewalt gefunden werden kann.

Rücksichtlich des precarii verdient noch bemerkt zu werden, dass während das gemeine Recht den precarischen Besitzstand von Anbeginn an als possessio vitiosa behandelt (eine Auffassung, die für den Rechtsbesitz von Dienstbarkeiten da, wo es sich um einen darauf zu gründenden Ersitzungserwerb handelt, nach §. 583 von unserem Gesetzbuche gleichfalls getheilt wird), der Fassung des §. 190 des B.G.B zufolge, die auf das precarium gegründete Fehlerhaftigkeit des Sachbesitzes erst von dem Augenblicke ab datiren soll, wo der precario accipiens die Sache auf Erfordern nicht zurückgiebt (im Sinne der gemeinrechtlichen Terminologie injusta possessio im Gegensatze zu der vitiosa), so dass der Precarist der Regel nach von Haus aus bei uns als gewöhnlicher Detentor aufzufassen sein würde, und nur nachträglich zum wirklichen — wenn auch vitiosen — Besitzer dann wird, wenn er unter Nichtachtung der an ihn ergehenden Aufforderung zur Rückgabe seinen animus ändert und die Sache sich selbst anmasst, wobei freilich die Vorschrift in §. 195 zu beachten sein wird.

4. Für die nicht unbestrittene Frage: ob das Gesetzbuch auch noch Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes kenne, ergiebt sich rücksichtlich des Precaristen

die Nothwendigkeit einer Verneinung aus dem soeben Gesagten um so mehr, als das practische Bedürfniss, welches das Römische Recht zu jener Anomalie nöthigte, durch den unter Andern auch auf den Precaristen sich mit beziehenden §. 208 des B.G.B. ausreichend gedeckt erscheint. Das Letztere gilt auch von dem Faustpfandgläubiger, und der Umstand, dass derselbe gleichwohl an anderen Stellen des Gesetzbuches (§§. 474, 475) als Besitzer (nicht also als blosser Innehaber) der verpfändeten Sache bezeichnet wird, berechtigt uns nicht, rücksichtlich seiner jene gemeinrechtliche Theorie beizubehalten, da der ursprünglich darauf allerdings abzielende §. 196 des Entwurfs bei der ständischen Berathung ausdrücklich zu Gunsten des jetzigen §. 208 gestrichen und hierbei augenscheinlich nur übersehen worden ist, die nunmehr allerdings nicht mehr ganz passende Ausdrucksweise der §§. 474 und 475 hiermit in Einklang zu bringen.

Anderer Meinung ist Sintenis Einleitung S. 73. Anlangend die übrigen gemeinrechtlichen Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes, so wird das Institut der Sequestration und die Emphyteusis überhaupt nicht besonders im Gesetzbuche berührt, und wenn auch die speciellen Motive S. 815 nicht bezweifeln, dass erstere, abgesehen von ihrer processualen Bedeutung als sequestratio necessaria auch künftig noch werde vorkommen können, so müsste doch beim Mangel einer diesfallsigen positiven Bestimmung die Möglichkeit geleugnet werden, dass mit ihr die hier allein fragliche Wirkung einer vertragsmässigen Uebertragung der Besitzklagen auf den Sequester noch ferner als verbunden gedacht werden könnte.

Abgesehen hiervon würde aber auch, wenn man sich einmal für die Beibehaltung des Institutes des sogenannten abgeleiteten Besitzes entschiede, auch noch insofern in dem Gesetzbuche sich eine empfindliche Lücke ergeben,

als die Frage nirgends eine Beantwortung gefunden hat, wie es in solchen Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes mit der Möglichkeit einer Fortdauer des Usucapionsbesitzes auf Seiten des den Besitz Uebertragenden bewandt sei.

§. 47. B. Von dem Erwerbe des Sachbesitzes.

Der Erwerb des Besitzes geht vor sich

I. entweder durch die eigene persönliche Thätigkeit des nachmaligen Besitzers, oder

II. es wird derselbe durch Vertreter vermittelt.

In beiden Fällen ist es erst das Zusammentreffen des äusseren Gewaltverhältnisses zur Sache mit dem erforderlichen Herrschaftswillen, welches ihn herstellt. In dem Falle

zu I. beruht Beides, sowohl die Fassung des Willensentschlusses, als das physische Sichbemächtigen auf der einseitigen Handlung des Erwerbers. Zwar stellt das Gesetzbuch im §. 194 verbunden mit §. 196 scheinbar die einseitige Apprehensionshandlung des Erwerbers dem zweiten Falle, nämlich dem der Uebergabe des Besitzes durch den zeitherigen Besitzer gegenüber. Aber auch im letzteren Falle ist nicht an eine Succession in den fremden Besitz zu denken, sondern es ist immer ein neuer Besitz, welcher in der Person des Erwerbers erst beginnt. Als das Entscheidende erscheint daher auch hier der mit der entsprechenden Willensrichtung vollzogene Apprehensionsact des Erwerbers. Was gleichwohl die Unterscheidung dieses zweiten Falles gerechtfertigt erscheinen lässt, ist die Erwägung, dass hier nicht freistehende, sondern eben solche Sachen in Frage sind, welche zu der Zeit des Besitzerwerbes sich bereits im Besitze des Anderen befinden, bei diesen aber vermöge der Vorschriften in §§. 192 und 197 die einseitige Apprehensionshandlung des Erwerbers nur dann Erfolg haben

kann, wenn sie zugleich mit einer Dejection (Besitzentsetzung) des bisherigen Besitzers verbunden ist. Die vorausgehende Uebergabe seiten des zeitherigen Besitzers ist also jedenfalls insofern von Bedeutung, dass sie die Sache für den Erwerber in eine freistehende, der einseitigen Apprehension des Letzteren sofort zugängliche verwandelt, mit anderen Worten für diesen vacua possessio herheiführt, so dass nunmehr an die Qualification des darauf folgenden Apprehensionsactes auch geringere Anforderungen gemacht zu werden brauchen, als ausserdem der Fall sein würde.

Fälle der sogenannten symbolischen Besitzübertragung kennt das Gesetzbuch nicht.

In allen in §§. 198 und 199 des B.G.B. aufgezählten Fällen bleibt der erklärte Uebertragungswille auf Seiten des Uebertragenden, selbst wenn er mit dem entsprechenden Willen auf Seiten des Erwerbers zusammentrifft, solange wirkungslos und irrelevant, als nicht zugleich in der Person des Letzteren die Voraussetzungen des äusseren physischen Gewaltverhältnisses zur Sache, welches ihm die alsbaldige ausschliessliche Einwirkung auf letztere ermöglicht, hergestellt sind.

Deshalb wird sowohl bei der sogenannten traditio longa manu in Ansehung von Grundstücken (§. 198 des B.G.B.), als auch bei der Uebergabe der Schlüssel zu dem Behältnisse, in welchem sich die betreffende bewegliche Sache befindet (§. 199 des B.G.B.), besonderer Nachdruck darauf gelegt, dass dort das zu übergebende Grundstück, hier das Behältniss in der Nähe des Erwerbers sich befinden müsse.

Zu II. Rücksichtlich des Besitzerwerbes durch Vertreter muss unterschieden werden:

a. zwischen den gesetzlichen Vertretern gewisser Personen, z. B. der Bevormundeten, der juristischen Personeu n. s. f.; und

b. zwischen den freien Stellvertretern:

Zu a. vollzieht sich der Besitzerwerb für den Vertretenen lediglich durch die vermittelnde Handlung und den Willen des Vertreters (§§. 193 und 202 des B.G.B.), und zwar gilt dies in gleichem Masse da, wo der Vertretene zu den Willensunfähigen und deshalb Handlungsunfähigen gehört, als da, wo der Vertretene nur beschränkt handlungsfähig ist. Nur der wichtige Unterschied findet hier wieder statt, dass in Fällen der ersteren Art die Willenshandlung des Vertreters der einzige Weg ist, auf welchem dem Vertretenen der Besitz erworben werden kann (§. 193 des B.G.B.), während bei den beschränkt Handlungsfähigen in Gemässheit des früher Bemerkten natürlich die Möglichkeit vorhanden ist, dass diese Personen auch ohne Concurrenz ihrer Vertreter durch eigenes Handeln und Wollen für sich Besitz erwerben können. Da, wo es auf die Beurtheilung der Redlichkeit eines solchen Besitzes ankommt, findet sich in §. 189 noch besonders bestimmt, dass es der Regel nach auch hier auf den Glauben der Vertreter ankomme, und zwar bei einer Mehrheit von Vertretern der Glaube der Mehrzahl entscheide, dass aber bei vorhandener eigener Willensfähigkeit des Vertretenen der eigene Glaube desselben wenigstens insoweit in Betracht komme, als ihm die eigene mala fides — ungeachtet der bona fides des Vertreters — zum Nachtheil gereichen soll.

Zu b. Für die hier begriffenen Fälle erstreckt sich die Wirkung der Vertretung zunächst nur auf Vermittelung des physischen Gewaltverhältnisses zur Sache. Das erforderliche Willensmoment muss hier von dem Principal selbst ausgehen, kann aber freilich der Ergreifung des corpus durch den Vertreter ebensowohl vorhergehen als nachfolgen. Es kann also das Stellvertretungsverhältniss hier bald auf einem Mandate, bald auf einer negotiorum gestio beruhen, und zwar wird hier, wie in andern Fällen, erst durch das Zusammentreffen beider Requisite (des

animus und des corpus) der Anfangspunct des Besitzes für den dominus negotii bestimmt (§. 203 des B.G.B.), so dass in Fällen der negotiorum gestio die von vielen Lehrern des gemeinen Rechtes der späteren Ratihabition des Geschäftsherrn beigelegte rückwirkende, d. h. auf den früheren Zeitpunct der Apprehension zurückzubeziehende Kraft von dem Gesetzbuche negirt wird. Da jedoch der hier vorausgesetzte Stellvertreter nicht als willenloses Werkzeug gedacht werden darf, so ist, um dem von ihm vollzogenen Apprehensionsacte den Erfolg des Besitzerwerbes für den Vertretenen zu sichern, weiter noch erforderlich, dass der Vertreter bei dessen Vornahme auch die dem Stellvertretungsverhältnisse entsprechende Willensrichtung gehabt habe. Er muss also, soweit ein Mandat zu Grunde liegt, bei der Besitzergreifung, wie es auch §. 203 des B.G.B. anzudeuten scheint, als Beauftragter thätig werden. Die Frage ist aber: ob und inwieweit da, wo der Besitz aus der Hand des zeitherigen Besitzers erworben werden soll, auch noch ausserdem der Wille des Uebertragenden in Betracht komme.

An sich wird solches hier, wo nur der Besitzerwerb und nicht der zum Theile nach anderen Gesichtspuncten zu beurtheilende Eigenthumserwerb durch traditio in Rede steht, verneint werden müssen, d. h. der von dem Tradenten bei der Uebergabe erklärte Wille: Besitz auf den Empfänger nicht für seinen Principal, sondern für einen Dritten übertragen zu wollen, schliesst, wenn nur sonst die darauf gefolgte Besitzergreifung seiten des Vertreters hierzu geeignet war, den Besitzerwerb für den Principal an sich nicht aus. Nur da, wo der Mandatar beim Empfange einen dem Stellvertretungswillen entgegengesetzten innerlich gehabt haben sollte, gewinnt die von dem Tradenten bei der Uebergabe kund gegebene Absicht, dem Mandatar den Besitz für seinen Mandanten übergeben zu wollen, insofern eine gewisse Bedeutung, als nunmehr

der Empfänger, wenn er hierzu schweigt, sich gefallen lassen muss, dass sein sich anschliessender Apprehensionsact so behandelt werde, als sei er wirklich für den Mandanten vorgenommen worden, er also, oder ein Dritter mit der späteren Bezugnahme auf jene beim Empfange angeblich gehabte, aber nicht erklärte entgegengesetzte Willensrichtung nicht weiter gehört zu werden verlangen kann*).

In Ansehung der zweiten, nicht minder bestrittenen Frage: ob und inwieweit im Falle eines Auftrages schon ein allgemeines Mandat genüge, oder ein specielles erforderlich sei, ist in dem Gesetzbuche eine directe Entscheidung ebensowenig enthalten. Indessen gestatten wenigstens die allgemeinen Vorschriften in §§. 788 ff. und 1295 ff. des B.G.B. vollkommen die Festhaltung der wohl auch nach gemeinem Rechte richtigeren Ansicht, dass die Generalität des Auftrags, wenn derselbe nur sonst den Umfang des dem Mandatar dadurch überwiesenen Geschäftsbereiches ausreichend erkennen lässt, an sich die Möglichkeit eines Besitzerwerbes in Ansehung der sämmtlichen in diesen Geschäftsbereich hereinfallenden Einzelsachen keineswegs ausschliesst, da nirgends erfordert

---

*) Nur die ausdrücklich erklärte oder sonst aus den Umständen erkennbare Willensabsicht des Vertreters kann für die Vermittelung des Besitzüberganges von Einfluss sein, ein rein innerlicher widersprechender animus dagegen, wie anderwärts, so natürlich auch hier, juristisch nicht in Betracht kommen, und es folgt hieraus zugleich im Falle der Uebergabe der Sache seitens des bisherigen Besitzers an den Vertreter, dass der von dem Tradenten erklärte Wille, dem Principale des Empfängers tradiren zu wollen, falls dieser letzere dazu schweigt, den Besitzerwerb für den Principal nicht deshalb begründet, weil der Wille des Tradenten überhaupt als das ausschlaggebende Moment zu betrachten wäre, sondern deshalb, weil unter solchen Umständen nach dem Verhalten des Empfängers der erforderliche Repräsentationswille bei ihm als vorhanden vorauszusetzen ist. Vgl. über die gemeinrechtliche Controverse: Arndts Lehrb. der Pandecten §. 140 a., not. 2 und 4.

ist, dass der animus domini von Haus aus nur auf individuell bestimmte Sachen wirksam gerichtet sein könne. Anderer Meinung ist freilich Siebenhaar, Commentar zu §. 203 des B.G.B.

Zu c. Als ein Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter ist auch das in §. 201 des B.G.B. besprochene sogenannte constitutum possessorium zu behandeln, und zwar hat man nach der Fassung dieses Paragraphen einmal davon auszugehen, dass das constitutum possessorium immer nur in Form eines zwischen dem zeitherigen Besitzer und dem neuen Acquirenten abzuschliessenden Rechtsgeschäftes vor sich gehen könne, vermöge dessen der zeitherige Besitzer unter Acceptation des Erwerbers erklärt, fortan die Sache nur als dessen Repräsentant detiniren zu wollen, dass also weder eine einseitige Willenserklärung dieses Inhaltes seiten des Besitzers, noch auch eine etwanige blosse Abmachung zwischen Beiden, vermöge deren der zeitherige Besitzer vorläufig noch in der Benutzung der Sache verbleiben solle, bereits genügt: Annalen des K. Ob.App.Ger. N. F. Bd. I. S. 30 und Bd. III. S. 78 ff. Sodann ist aber auch die von dem Standpuncte des gemeinen Rechtes aus mehrfach geleugnete Möglichkeit eines wirksamen constituti possessorii in Fällen, wo der Besitzer zur Zeit des Abschlusses desselben selbst nicht die Detention der Sache hatte, ausdrücklich anerkannt und zwar dergestalt, dass solchenfalls die blosse Anweisung des zeitherigen (juristischen) Besitzers an seinen Detentor: künftig für den andern zu detiniren, auch ohne jede persönliche Concurrenz des Detentor bei dem Abschlusse des constituti genügt.

Aus dem Gesichtspuncte eines constituti possessorii erklärt sich auch am besten die allerdings singuläre Bestimmung des §. 204 des B.G.B., insofern dort bei Uebersendung von Sachen an einen Anderen auf einem von dem Adressaten im Voraus angegebenen Wege der Be-

sitzübergang auf den Adressaten schon mit dem Augenblicke der Aufgabe der Sache zum Transporte ohne Rücksicht auf die Willensrichtung der den Transport besorgenden Personen eintreten soll, so dass in der Annahme des Auftrages zur Uebersendung der Sache auf einem bestimmten Wege und in der Vollziehung dieses Mandates die Requisite des constituti possessorii zu finden wären (Vgl. Oesterreich. Gesetzb. §. 429, welches den fingirten Besitzübergang annimmt). Ausserdem würde nur durch die Annahme eines in diesem Falle statuirten fingirten Besitzüberganges geholfen werden können, wenigstens da, wo der Transportübernehmer (z. B. Eisenbahnverwaltung, Post u. s. w.) nicht den für den Erwerber erforderlichen Stellvertretungswillen hatte.

§. 48. C. Der Verlust des Sachbesitzes.

Im Vergleiche zum gemeinen Rechte, dem sich das Gesetzbuch im Ganzen hier anschliesst, sind nur folgende Puncte hervorzuheben:

a. dass da, wo durch blosse Aufgabe des animus seiten des Besitzers der Besitz verloren gehen soll, das Gesetzbuch im §. 211 im anscheinenden Widerspruche mit D. XII, 2 de adqu. poss. l. 3 §. 6 noch eine Bethätigung dieses animus contrarius verlangt. Indessen ist namentlich einer Verwischung des Unterschiedes zwischen Aufgabe des Eigenthums und Aufgabe des Besitzes in diesem Puncte, wie solche Unger in seiner Kritik S. 101 fürchtet, ausreichend dadurch vorgebeugt, dass zur Dereliction einer Sache nach §. 293 des B.G.B. jedenfalls noch körperliche Besitzentäusserung gehört, während die hier erforderte Willensbethätigung sich auch bei fortdauernder Festhaltung des corpus possessionis in jeder andern genügenden Weise äussern kann, so dass es sich im Grunde auch hier immer nur wieder um eine Anwendung des allgemeinen Princips handelt, wonach ein

rein innerlicher Vorgang überhaupt rechtlich bedeutungslos erscheint.

b. Aus §. 212 verbunden mit §. 214 des B.G.B. folgt, dass im Falle einer gewaltsamen Verdrängung des gegenwärtigen Besitzers, oder bei Grundstücken auch im Falle einer heimlichen Occupation während der Abwesenheit des Besitzers ein Besitzverlust auf Seiten des Letzteren, also auch ein Besitzerwerb auf Seiten des Occupanten nicht eher als eingetreten angesehen werden kann, als wenn der derzeitige Besitzer, beziehentlich nach erlangter Kunde von der fremden Contrectationshandlung, das ihm durch die Handlung des Contrectanten verloren gegangene corpus sich nicht sofort wieder verschafft. §. 181 des B.G.B.

Betreffs der sich hier anschliessenden sehr bestrittenen Frage, ob auch da, wo mein Stellvertreter ohne mein Wissen und Wollen den Besitz der Sache auf einen Dritten überträgt, meinerseits ein solo animo retinere possessionem so lange anzunehmen sei, als ich von der Besitzentäusserung Kenntniss erhalten habe, und ob mir dann freistehe, wie in dem vorigen Falle, mich im Wege der Selbsthülfe der Sache sofort wieder zu bemächtigen, hat sich das Gesetzbuch in §. 216 für die unter Andern von Savigny vertheidigte Meinung entschieden, welche diese Frage bejaht wissen will, wodurch freilich die Möglichkeit erzeugt wird, dass nach verhältnissmässig langem Zeitraume, wenn der Vertreter die Untreue des Stellvertreters nicht eher erfuhr, es dennoch zur Anwendung der Selbsthülfe selbst gegen Dritte, in deren Hände die Sache inzwischen gelangt ist, kommen könnte.

§. 49. D. Von den Besitzrechtsmitteln.

I. Als Klagen zum Schutze des Besitzes im technischen Sinne unterscheidet das Gesetzbuch zwei:

A. die Klage zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes gegen blosse Störungen oder Beunruhigungen, also gegen solche Eingriffe in den Besitz, welche für den Besitzer den Verlust des Besitzes noch nicht zur Folge gehabt haben (remedium retinendae possessionis, §. 205 des B.G.B.) und

B. die Klage auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes (remedium recuperandae possessionis, §. 206 des B.G.B.).

Zu A. Die erstere Klage entspricht dem interdictum utrubi und uti possidetis des Justinianeischen Rechtes, nur dass eine bloss wörtliche Störung, d. h. ein blosses Bestreiten des Besitzes (si de possessione controversia facta est: l. 1 §. 4 D. uti possid. XLIII, 17.) nicht, wie bei jenen und zeither auch bei dem possessorium summariissimum des Sächsischen Rechtes zur Klaganstellung weiter berechtigt (§. 205 des B.G.B.). Zum richtigen Verständnisse des Wortes „thatsächlich“ in §. 205 cit. so viel als „thätlich“ ist zu vergleichen §. 558 des B.G.B. Die Klage geht gegen den Störer auf Schutz im Besitze, d. h. auf Anerkennung des klägerischen Besitzes und auf Verurtheilung zur Unterlassung fernerer Störungen, womit eine richterliche Strafandrohung für den Fall erneuter Beunruhigung verbunden werden kann, welche nach dem Vorgange des Jüngsten Reichsabschiedes schon früher bei uns an die Stelle der gewöhnlichen cautio de non amplius turbando getreten ist; endlich auf Ersatz des durch die zeitherige Störung erwachsenen Schadens.

Letzteres begreift nach §. 687 des B.G.B. namentlich auch und sogar in erster Reihe den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren durch die Störung etwa veränderten Zustandes in sich. Gegen die Erben des Störers, falls diese nicht selbst die Störung fortsetzen, ist die Klage nur in der Eigenschaft als Ersatzklage in dem bezeichneten Sinne denkbar (§. 148 des B.G.B.). Ein durch die

Klage hervorgerufener Rechtsstreit hat die Natur eines judicium duplex, d. h. der Beklagte kann, dafern er im Laufe des Processes nachzuweisen vermag, dass nicht der Kläger, sondern er selbst gegenwärtiger schutzberechtigter Besitzer der Sache sei, neben der Abweisung des Klägers auch dessen eigene Verurtheilung beantragen*) (§. 207 des B.G.B.) Abgesehen hiervon kann aber auch der Beklagte, wie schon nach Römischem Rechte sich des Einwandes bedienen: der von dem Kläger für sich angezogene Besitz leide im Verhältnisse zu ihm, dem Beklagten, an einem der in §. 190 des B.G.B. gedachten Mängel (zu vergleichen oben §. 46, 3.), sogenannte exceptio vitiosae possessionis. — Die Wirkung dieser Einrede besteht zwar zunächst und in der Regel nur darin, dass im Falle ihrer Erweislichmachung der Kläger mit seiner Klage zurückgewiesen wird. Indessen wird man aus der Verbindung, in welche die Nachlassung dieser Exception in §. 207 des B G.B. mit der unmittelbar darauf erwähnten Duplicität des Rechtsstreites gebracht wird, unbedenklich annehmen dürfen, dass die erstere von dem Beklagten gleichfalls dazu benutzt werden könne, um darauf hin die Verurtheilung des Klägers zu verlangen. Hierdurch wird also der zugleich recuperatorische Character der Klage in dem Sinne und Umfange anerkannt, in welchem denselben z. B. Savigny, Besitz §. 37 (p. 403 ff., 7. Aufl.) für das gemeine Recht in Anspruch nimmt.

Zu B. Die Wiederherstellungsklage setzt in der Person des Klägers früher vorhanden gewesenen Besitz und dessen Aufhebung auf einem der oben im §. 46, 3. be-

---

*) Der juristische Besitz geniesst nur, wenn fehlerlos, abstracten Schutz. Jene Duplicität des Rechtsstreites wird bei Mobilien wohl kaum, dagegen öfter bei Grundstücken vorkommen können, sofern hier gewisse Acte sowohl als Besitzhandlung als auch als Besitzstörung aufgefasst werden können, z. B. das Mähen über die unbestimmte Grenze eines fremden Grundstückes.

sprochenen Wege voraus. Sie ist ihrem Umfange nach einerseits beschränkter, andererseits weiterreichend als das interdictum unde vi des Römischen Rechtes. Letzteres insofern, als sie nicht bloss die Fälle der durch offene Eigenmacht herbeigeführten Dejection, sondern auch die begreift, wo der Besitz der Sache dem Kläger heimlich entzogen oder von dem Precaristen auf Erfordern vorenthalten worden ist; — andererseits gehet dieselbe nicht gegen den Dejicienten an sich oder nur gegen diesen, sondern zunächst nur gegen denjenigen, der im Verhältniss zum Kläger die Sache zur Zeit der Klaganstellung in dem vorbezeichneten Sinne fehlerhaft besitzt, aber auch wie das remedium spolii des kanonischen Rechtes gegen jeden Dritten, welcher den Besitz von dem vitiosus possessor mala fide, d. h. mit dem Bewusstsein der Fehlerhaftigkeit seines Besitzstandes erlangte. Soweit sie hiernach begründet ist, umfasst sie übrigens neben dem Anspruche auf Wiederherstellung des Besitzes zugleich auch den auf Ersatz des verursachten Schadens. Die exceptio vitiosae possessionis ist hier ausgeschlossen.

Im Wesentlichen lässt sich hiernach dem gedachten Rechtsmittel die nämliche Wirkung beilegen, wie solche nach der Ansicht einer Mehrzahl gemeinrechtlicher Schriftsteller, z. B. Arndts §. 172, Anm. 2. den interdictis utrubi und uti possidetis in ihrer sogenannten ausgedehnten recuperatorischen Function zukommt, nur noch mit der Erstreckung auf den dritten malae fidei possessor.

II. Neben diesen dem gegenwärtigen, resp. zeitherigen Besitzer verliehenen Klagen lässt auch das Gesetzbuch einen sehr ausgedehnten Schutz dem blossen derzeitigen, resp. früheren Inhaber zu Theil werden.

A. Zunächst gewissen Klassen von Detentoren, insofern als sie beide vorbezeichnete Rechtsmittel auf Störung oder auf Wiederherstellung ganz im vorgedachten Umfange haben sollen. Diesen Vortheil geniessen aber nur

diejenigen Inhaber, welche die Sache zur Benutzung oder zum Zwecke ihrer Sicherung detiniren, also ausser dem Pachter, Miether, Commodatar u. s. f. auch der Faustpfandgläubiger, ferner derjenige, dem ein begründetes Retentionsrecht an der Sache zur Seite steht (§. 208 des B.G.B.). Hier kann also eine Concurrenz von Klagen des Besitzers im engeren technischen Sinne und eines Inhabers der vorbezeichneten Art vorkommen.

B. Ausserdem ist aber nach §. 209 des B.G.B. die Wiederherstellungsklage oben sub I. B. allen Detentoren, selbst wenn sie unter keine der soeben sub II. A. bezeichneten Arten fallen, jedoch nur dann eingeräumt, wenn sie auf eine der im §. 209 gedachten Weisen ihrer Innehabung entsetzt worden sind. Insofern dort neben der gewaltthätigen Dejection auch alle die Fälle, wo Jemand durch einen Anderen vermöge einer an sich widerrechtlichen Handlung aus der Innehabung verdrängt worden ist, erwähnt werden, wird man hierher auch z. B. die Fälle einer durch Erpressung herbeigeführten Dejection zu rechnen haben, Fälle aber einer durch Betrug bewirkten Entsetzung in der Regel deshalb nicht, weil hier nicht füglich von einem Verdrängen aus der Innehabung gesprochen werden kann. Hierdurch hat augenscheinlich die für das remedium spolii nach der zeitherigen Auffassung der Sächsischen Praxis erforderliche Voraussetzung getroffen werden sollen (zu vergl. Annalen A. F. Bd. I. S. 170. N. F. Bd. I. S. 33), und insofern wird man daher auch künftig neben den beiden vorgedachten Rechtsmitteln ein drittes, der zeitherigen actio spolii analoges immer noch unterscheiden können. Dasselbe wird aber auch dem wirklichen Besitzer im technischen Sinne unter Umständen insofern von Werth sein können, als derselbe, wenn die Voraussetzungen des §. 209 zutreffen, nicht erst nöthig haben wird, etwas Mehreres als seine frühere Innehabung zu behaupten, resp. zu beweisen.

Wie jedoch die dem Detentor solchergestalt ausnahmsweise eingeräumte Besitzklage des §. 206 des B.G.B. in ihrer ursprünglichen Bedeutung nur gegen denjenigen mit Erfolg gebraucht werden kann, der im Verhältniss zum Kläger, sei es unmittelbar oder mittelbar, fehlerhaft besitzt (zu vergl. oben, I. B.), so wird auch der Spoliirte sich dieses Rechtsmittels zunächst nur gegen seine unmittelbaren Dejicienten resp. gegen denjenigen Dritten bedienen können, welcher bei Erwerbung der Innehabung den fehlerhaften Besitz seines Vormannes erweislich gekannt hat. Hierdurch wird also die zeitherige Sächsisch-rechtliche Erweiterung des Gebrauchs der Spolienklage gegen jeden dritten Besitzer, auch den redlichen (zu vergl. Osterloh, summ. Proc. §. 57. Anm. 8.), reprobirt.

III. Die zeither nur für die summarische Besitzklage geltende einjährige Verjährung ist durch §. 210 des B.G.B. auf beide vorerwähnte Rechtsmittel, und zwar auf die Wiederherstellungsklage (zu I. B.) selbst in ihrer Function als remedium spolii zur Regel erhoben. Nur soweit der zu Belangende in Folge der Besitzverletzung noch bereichert ist, also insbesondere auch so lange er sich noch in dem Besitze der dem Kläger entzogenen Sache befindet, soll gegen ihn eine dreijährige Verjährung laufen. Ebenso unterliegt die oben mehrfach erwähnte exceptio vitiosae possessionis einer einjährigen Verjährung, die von der Zeit an zu laufen beginnt, wo der Excipient selbst hätte klagend auftreten können.

IV. Den Gegensatz zwischen jüngstem und sogenanntem älteren Besitz, wie solcher der Eintheilung der Besitzrechtsmittel des bisherigen Sächsischen Rechtes in das sogenannte possessorium summarium sive summariissimun und das possessorium ordinarium zu Grunde liegt, kennt das Gesetzbuch nicht mehr, ebensowenig wie die damit in Verbindnng stehende Verschiedenheit des Zweckes beider Rechtsmittel, wonach das erstere nur auf die provisorische,

das andere auf definitive Regulirung des Besitzstandes gerichtet betrachtet wurde. Indessen wird auch künftig, wie schon nach gemeinem Rechte der Richter nicht behindert sein, zur Verhütung von etwa zu besorgender Gewaltthätigkeit auf Grund einer nur vorläufigen unvollkommenen Bescheinigung, unter Umständen auch eine nur provisorische Anordnung zu treffen, wobei er dann nach Befinden auch auf das höhere Alter der dem einen oder andern der streitenden Theile zur Seite stehenden Besitzacte wird Werth legen können; wenigstens steht eine solche reine Securitätsmassregel, wenn auch ausserhalb der Grenzen des Gesetzbuches liegend, mit demselben doch nicht in Widerspruche.

II. Abtheilung.

Von dem Eigenthume.

1. Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§. 50. Begriff und Eintheilung.

Der durchgreifende Character, der den Römisch-rechtlichen Eigenthumsbegriff vor dem des älteren Deutschen Rechtes auszeichnet, hat in den Ländern des Sächsischen Rechtes zum Theil schon früh die Oberhand gewonnen. Zunächst:

a. auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes, insofern der in dem Sachsenspiegel B. II. art. 60 anerkannte Grundsatz: „Hand muss Hand wahren“ nach Carpzov's Zeugniss Jurispr. for. II, c. 26, def. 5 schon vor dessen Zeit dem strengen Römischen Vindicationssysteme gewichen war;

b. sodann in Bezug auf das Grundeigenthum, insofern als sich das sogenannte Recht des nächsten Erben, dessen absolute dingliche Wirkung der Sachsenspiegel (I. 52.) für Grundstücksveräusserungen fast aller Art noch bezeugt, bereits in der Constitutionengesetzgebung nur

noch auf die sogenannten Erbstammgüter („so Jemand von seinen Vorfahren, als Grossvater u. dergl. gewonnen") und auch hier nur auf die Fälle der Schenkung beschränkt, bei onerosen Veräusserungen dagegen nur zu einem bloss persönlich wirkenden Vorkaufsrechte der Descendenten abgeschwächt findet (cc. 12 und 31 pte. II.).

Deshalb hat sich auch die anderwärts gerade an das Institut der Stammgüter und einige andere Rechtsverhältnisse (wie z. B. an die eheliche Gütergemeinschaft, die Markgenossenschaft u. s. w.) angeknüpfte Vorstellung des sogenannten Deutschrechtlichen Gesammteigenthums in Sachsen niemals irgend allgemeine Geltung zu verschaffen vermocht, zumal auch das Sächsische Lehnrecht im Gegensatze zu dem Deutschen das ebenfalls hierher bezogene Verhältniss der mehreren coinvestiti zu einander gleichfalls nicht als Gesammteigenthum, sondern als ein blosses condominium pro parte intellectuali an dem gemeinschaftlichen Lehngute aufzufassen gewöhnt war (Zachariae Sächs. Lehnrecht §. 60.). Dagegen ist unserem Particularrechte zwar der Begriff des sogenannten getheilten Eigenthums mit seiner Trennung in dominium directum und utile von jeher bekannt gewesen, indem es nicht bloss das lehnsherrliche und vasallitische Verhältniss an dem Lehngute, sondern auch das Rechtsverhältniss des Erbzinsherrn und Erbzinsmannes rücksichtlich der sogenannten „echten Erbzinsgüter" demselben unterordnete (zu vgl. c. 39 pte. II. und selbst noch das Hypothekengesetz von 1843, §. 11.). Abgesehen jedoch davon, dass vermöge der Ablösungsgesetzgebung das Erbzinsverhältniss im Absterben begriffen ist, tritt auch das Gesetzbuch nicht bloss der Idee des Gesammteigenthums, sondern auch der des getheilten Eigenthums in §§. 225, 226 direct entgegen, vorbehältlich freilich der auf die einmal bestehenden Rechtsverhältnisse dieser Art bezüglichen älteren Bestimmungen (P.V.O. §. 3 sub 3.).

§. 51. Eigenthumsbeschränkungen.

(insbesondere Veräusserungsverbote).

Mit der in dem Eigenthumsbegriffe principiell liegenden vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über die Sache (§§. 217—221 des B.G.B.) ist eine grössere oder geringere objective Beschränkung des Eigenthums, oder eine subjective des jeweiligen Eigenthümers an sich sehr wohl vereinbar. Soweit nun diese Beschränkungen auf dem nachbarlichen Verhältnisse eines Grundstückes zu einem anderen beruhen, oder soweit sie in gewissen anderen Personen an derselben Sache verliehenen gleichartigen oder ungleichartigen dinglichen Rechten bestehen, finden dieselben einerseits in dem sogenannten Nachbarrechte (zu vergl. §§. 345 ff. des B.G.B.), andererseits in der Lehre vom Miteigenthume (§§. 328 ff. des B.G.B.), ferner vom Pfandrechte (§§. 369 ff. des B.G.B.), sowie von den Reallasten und Dienstbarkeiten (§§. 505 und 520 ff. des B.G.B.) ihre besondere Behandlung.

Nur die gegen die Veräusserungsfreiheit des Eigenthums in der Form besonderer Verbote sich richtenden Beschränkungen werden deshalb von unserem Gesetzbuche §§. 223 und 224 in diesem Zusammenhange berührt. Unter Veräusserung ist dabei ebensowohl an den Fall der Aufgabe des Eigenthums mit oder ohne Uebertragung auf einen Anderen als auch an den der Bestellung von Rechten zu Gunsten Dritter an der Sache, also namentlich auch an den Fall der Verpfändung zu denken (§. 219, Abs. 3 des B.G.B.).

I. Als mögliche Quelle von dergleichen Veräusserungsverboten erwähnt das Gesetzbuch §. 223:

1. das Gesetz,
2. richterliche Verfügung,
3. Privatwillen.

ad 1. Die Mehrzahl der hierher gehörigen Verbote des Römischen sowie des älteren Deutschen Rechtes sind gegenwärtig nicht mehr practisch, so namentlich nicht das Verbot der Veräusserung des fundus dotalis (cf. Arndts Lehrbuch der Pandecten §. 402.), ferner das im vorigen Paragraphen sub b. erwähnte Recht des nächsten Erben. Ebenso kann man nur noch im uneigentlichen Sinne die Vorschriften hierher rechnen, welche rücksichtlich der Veräusserung von Sachen Bevormundeter oder minderjähriger Hauskinder bestehen, da diese Bestimmungen dermalen nur noch theils auf eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Eigenthümers, theils auf gewisse Administrationsbeschränkungen der Vormünder, Hausväter u. s. w. hinauslaufen. Das Nähere hierüber zu vergl. im Familien- und Vormundschaftsrechte. Dagegen kommen in unserem Particularrechte noch jetzt als hierher gehörige Beispiele vor: dasjenige Veräusserungsverbot, welches die Verfassungsurkunde §§. 18, 20 betreffs des Staatsgutes sowie des königl. Hausfideicommisses enthält, ferner die sogenannten Dismembrationsbeschränkungen, welche die willkührliche Zersplitterung gewisser Arten von Grundstücken verbieten (Gesetz über die Theilbarkeit des Grundeigenthums vom 30 November 1843.). Hierüber das Nähere weiter unten im Abschnitt III. Was das Römisch-rechtliche auf der const. 4 C. de litigiosis VIII, 37 beruhende Veräusserungsverbot in Ansehung der res litigiosa seitens des besitzenden Beklagten anlangt, so wird dasselbe von dem Gesetzbuche zwar mit Stillschweigen übergangen, indessen nach den in den speciellen Motiven enthaltenen Erläuterungen nur deshalb, weil dessen nähere Regulirung der künftigen Processgesetzgebung vorbehalten bleiben sollte. Vorläufig ist daher in so weit noch das gemeine Recht als in Kraft bestehend anzusehen, welches schon zeither von unseren Gerichtshöfen, ungeachtet des Widerspruches einer Anzahl älterer Juristen in dem Masse noch als practisch behandelt wurde,

dass man das Verbot auf die Fälle der eigentlichen Realklagen, jedoch nur solcher bezog, bei welchen über das Eigenthum an der betreffenden Sache gestritten werde (Siegmann, in d. Ann. des K. O.A.G. N. F. Bd. I. S. 298 ff.).

ad 2. Für die richterlichen Veräusserungsverbote hat man zwischen den allgemeinen, d. h. den das gesammte Vermögen einer Person umfassenden und den sogenannten speciellen Veräusserungsverboten, die nur eine einzelne Sache oder eine Mehrheit von solchen zum Gegenstande haben, zu unterscheiden.

a. Für die speciellen Veräusserungsverbote fehlt es bei uns zur Zeit noch an einer besonderen gesetzlichen Feststellung der Voraussetzungen, unter welchen der Richter zu deren Erlass verschreiten darf, und es ist insoweit auf die bei Osterloh, summ. Proc. §. 12 zusammengestellten Grundsätze zu verweisen. Dagegen kennt

b. schon unser zeitheriges Particularrecht von Verboten der ersteren Gattung zwei wichtige Beispiele, in welchen der Richter ermächtigt ist, mit einer derartigen Massregel vorzugehen, nämlich den Fall der Erläut. Processord. ad tit. LI., wonach der ordentliche Richter eines Schuldners bei bevorstehendem formellen Concurse zu dessen Vermögen (sog. concursus imminens) demselben jede Veräusserung mit der Wirkung untersagen kann, dass dadurch nicht bloss jede freiwillige Alienation (Verkauf, Verpfändung), sondern auch jede fernere Hilfsvollstrekkung zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers ausgeschlossen wird — sodann den Fall des Art. 146 der revidirten Strafprocessordnung vom 1. October 1868, welcher das Vermögen eines steckbrieflich verfolgten Angeklagten behufs seiner Gestellung beim Untersuchungsgerichte mittelst öffentlicher Bekanntmachung in der Leipziger Zeitung mit Beschlag zu belegen gestattet, wodurch dann gleichfalls alle Verfügungen unter den Lebenden, jedoch hier nur die freiwilligen, dem Flüchtigen unmöglich gemacht werden.

ad. 3. Von den auf Privatdisposition, gleichviel ob Vertrag oder letzten Willen, beruhenden Veräusserungsbeschränkungen gilt als oberster Grundsatz, dass solche ohne ein erkennbares rechtliches Interesse, welches eine andere Person an deren Aufrechterhaltung etwa hat, überhaupt unverbindlich sind.

Aus diesem Grunde wurde bereits durch die Bekanntmachung des Justizministeriums vom 29. September 1846 einem Abkommen, vermöge dessen ein Grundstücksbesitzer die künftige Veräusserung oder Verpfändung seines Grundstückes lediglich von der Willkühr eines Dritten ohne Beziehung auf ein demselben an dem Immobile etwa bereits zustehendes oder noch zu verschaffendes Recht abhängig machte, die Fähigkeit zum Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch schlechthin versagt (Ges. und Verordbl. von 1846, S. 270 ff.), und ebenso erklärt das bürgerliche Gesetzbuch §. 792 einen Vertrag gleicher Tendenz in Bezug auf Vermögensstücke aller Art, also namentlich auch betreffs beweglicher Sachen beim Mangel eines begründeten Interesses des anderen Theils für nichtig, wie denn auch die gleichfalls hierher gehörige gemeinrechtliche Lehre von dem sogenannten nudum praeceptum in §. 2153 des B.G.B. ausdrückliche Aufnahme gefunden hat.

II. Soviel die Wirkungen des bestehenden Veräusserungsverbotes betrifft, so tritt

a. bei den gesetzlichen und den richterlichen Verboten nach §. 223 des B.G.B. regelmässig Nichtigkeit der ihnen zuwider vorgenommenen Veräusserungen ein, und zwar bezieht sich diese Nichtigkeit eintretenden Falles nicht bloss auf den die Veräusserung bezweckenden Vertrag (Kauf, Schenkung, Tausch u. s. f.), sondern auch auf die zu dessen Effectuirung vorgenommene Eigenthums- oder sonstige Rechtsübertragung (also die nachfolgende Tradition, die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche u. s. f.) dergestalt, dass ebensowohl jeder dabei

interessirte Dritte als der Veräusserer selbst die betreffenden Acte dem Erwerber gegenüber als nichtig zu behandeln berechtigt ist. Nur wird bei den richterlichen Verboten vorausgesetzt, dass dieselben unter ausdrücklicher Androhung dieser Nichtigkeit und zwar in einem der von dem Gesetze vorgesehenen Fälle erlassen worden seien, so dass die gedachte Wirkung zur Zeit und nach dem jetzigen Stande unserer Gesetzgebung nur bei den oben sub I, 2. b. erwähnten allgemeinen Veräusserungsverboten wird Platz greifen können.

Zu beachten ist jedoch, dass das Veräusserungsgeschäft dann, wenn es ausdrücklich für den Fall der Erledigung des Verbotes eingegangen worden ist, in Gemässheit des Principes in §. 796 verbunden mit §. 794 die ihm solchergestalt zukommenden vollen civilrechtlichen Wirkungen zu erzeugen fähig bleibt. Häufig wird man sogar, z. B. in den oben ad I. 1. erwähnten Dismembrationsfällen den bezüglichen Kauf- oder sonstigen Veräusserungsvertrag gleich von vorn herein nicht anders zu interpretiren haben, als sei er für den Fall der zu verhoffenden Beseitigung des Hindernisses abgeschlossen, so dass dann die Contractsklage bis zum Gewisswerden der Unmöglichkeit einer Beseitigung selbst zum Zwecke dieser Beseitigung wirksam angestellt werden kann. Endlich kann natürlich eine Uebertretung des die res litigiosa betreffenden Verbotes, da solches zur Zeit wie gedacht noch ganz auf dem gemeinen Rechte beruht, auch nur die in selbigem vorgesehenen schwächeren Wirkungen nach sich ziehen, mag man dieselben nun als Anfechtbarkeit (z. B. Wächter, Würtmb. Privatrecht II. S. 529) oder als Nichtigkeit auffassen (Windscheid, Lehrb. d. Pand. I. §. 125 unter 1, S. 332 der 2. Aufl.)

Umgekehrt hat

b. das Zuwiderhandeln gegen ein auf blossem Privatwillen beruhendes Verbot, dafern es nicht etwa wegen

Mangels des oben zu I. 3. vorausgesetzten rechtlichen Interesses eines Anderen von vorn herein unverbindlich sein sollte, in der Regel doch nicht Ungültigkeit der Veräusserung, sondern nur nach Befinden die Begründung von Schädenansprüchen zur Folge (§. 223 des B.G.B.). Nur in zwei Fällen soll auch ein solches Verbot nach §. 223, Abs. 1. gleichfalls Nichtigkeit der Veräusserung nach sich ziehen, nämlich

bei dem vertragsmässigen Veräusserungsverbote dann, wenn dasselbe dem Vertrage mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung beigefügt ist, und

bei dem letztwilligen Veräusserungsverbote dann, wenn dasselbe von dem Eigenthümer der Sache zu Gunsten eines Dritten angeordnet worden war.

Was den ersteren Fall anlangt, so darf zwar auch hier wegen der entgegenstehenden allgemeinen Grundsätze über die Wirkung von Resolutivbedingungen überhaupt (cf. oben §. 33. II, 2), sowie wegen der hiermit im Zusammenhange stehenden Vorschrift in §. 291 des B.G.B. nicht angenommen werden, dass das Eigenthum der Sache in Folge der verbotswidrigen Veräusserung an den ersten Veräusserer (wie dies nach der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht allerdings angenommen wird) ohne Weiteres zurückfalle, vielmehr erhält derselbe auch hier zunächst immer nur eine persönliche Klage gegen seinen Mitcontrahenten auf Rückverschaffung der Sache. Er wird aber vermittelst derselben nach §. 960 des B.G.B. seinen Mitcontrahenten nöthigen können, die diesem zustehende dingliche Klage auf Wiederherausgabe der Sache gegen den Dritten, in dessen Händen sich die letztere in Folge der nichtigen Veräusserung befindet, abzutreten, wodurch wenigstens in vielen Fällen practisch ein dem gemeinen Rechte ähnliches Resultat erzielt wird.

Wegen der zweiten Ausnahme, rücksichtlich deren noch die §§. 2387 und 2517 des B.G.B. einschlagen, ist

zu vergleichen das Nähere im Erbrechte in der Lehre vom Vermächtnisse und der Anwartschaft.

c. Im Uebrigen tritt noch zwischen den gesetzlichen Veräusserungsverboten einerseits, und den richterlichen, sowie den auf Privatwillen beruhenden andrerseits der Unterschied ein, dass, soweit sich Verbote der zweiten Kategorie auf Immobilien beziehen, ihre Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche erforderlich ist, widrigenfalls sie Dritten gegenüber nicht würden zur Geltung gebracht werden können (§. 224 des B.G.B.). Ein Versprechen des Pfandschuldners an seinen Pfandgläubiger aber, das mit Hypotheken beschwerte Grundstück ohne Genehmigung dieses Hypothekariers nicht mit weiteren Pfandrechten belasten zu wollen, wird sogar ungeachtet seiner Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche schon nach §. 73 des Hypothekengesetzes von 1843 nur mit der sehr beschränkten Wirkung noch ausgestattet, dass die spätere Hypothekenbestellung dadurch nicht gehindert, sondern nur die Hypotheken-Behörde verpflichtet werde, den früheren Hypothekarier nach erfolgtem Eintrage der neueren Hypothek hiervon sofort zu benachrichtigen, und auch das Gesetzbuch bleibt in §. 224 a. E. hierbei stehen. Wegen des Verbotes der Veräusserung der res litigiosa in der Anwendung auf Grundstücke und der Frage nach dessen Eintragsbedürftigkeit ist zu vergleichen Siegmann a. a. O. S. 304 ff. und namentlich S. 313.

2. Abschnitt. Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen.

§. 52. Zueignung.

Unter Zueignung als gesetzlich anerkanntem Modus des Eigenthumserwerbes begreift das Gesetzbuch ausser dem Falle der Occupation im engeren Sinne, welche sich nur bei wirklich herrenlosen Sachen äussern kann, auch

noch eine Reihe von Fällen einseitiger Besitzergreifung an Sachen, welche zwar nicht oder doch nicht augenblicklich zu der Classe der res nullius gehören, bei welchen aber doch die einseitige Apprehension unter Umständen gleichfalls zum vermittelnden Momente für den sofortigen, resp. nachfolgenden Eigenthumserwerb werdensoll.

I. Occupation im engeren Sinne kommt demgemäss auch nach heutigem Rechte vor:

A. bei den von dem bisherigen Eigenthümer derelinquirten beweglichen Sachen (§. 228 des B.G.B.), oder

B. bei wilden, d. h. in ihrer natürlichen Freiheit befindlichen Thieren, sei es, dass sie dieselbe noch nie verloren gehabt, oder dass sie dieselbe wieder gewonnen haben (§. 229 in Verbindung mit §. 289 des B.G.B.).

In dieser letzteren Beziehung gelten eigenthümliche Grundsätze:

1. bei der Jagd. Die von den Meisten dem Deutschen Rechte vindicirte, von der des Römischen Rechtes principiell abweichende Auffassung des jus venandi als eines ausschliessenden, d. h. nur gewissen Personen innerhalb eines räumlich abgegrenzten Bezirkes zustehenden Occupationsrechtes, finden wir bei den älteren Sächsischen Juristen noch keineswegs in völlig ausgebildeter Gestalt vor. In den Consultationen begegnet man geradezu noch der Vorstellung, dass die Jagd „nach Verordnung aller göttlichen, natürlichen, aller Völker gemeinen beschriebener, auch landesüblicher Sächsischer Rechte jedermänniglich nicht allein auf seinem eigenen, sondern auch auf anderer Leute Grund und Boden erlaubet sei“ (Consult. Bd. II. p. IV., qu. 1, S. 157 der Urseller Ausg. verb. m. Consultat. Bd. I. p. IV. fol. 77 b.). Man bezog sich hierbei neben dem Römischen Rechte namentlich auch auf den Sachsenspiegel (Bd. II, art. 61), woraus man ableitete, dass das Jagen wilder Thiere allerorten mit Ausnahme

der drei in des Königs Bann stehenden Forsten*) einem Jeden freigegeben sei. — Im Anschluss an die letztere Stelle erkannten jedoch schon die Verfasser der Consultationen in Gemässheit der Glosse zum Sachsenspiegel a. a. O. an, dass dem Landesherrn und der Obrigkeit freistehe, an gewissen Orten die Ausübung des Jagdrechtes zu untersagen (durch Aufrichtung von Zäunen, Hegesäulen, Einrichtung einer geschlossenen Wildbahn u. s. w.), und hiervon ausgehend, sehen wir in Sachsen im Laufe des nächsten Jahrhunderts nach und nach die Auffassung herrschend werden, dass die Jagd im ganzen Landesterritorium als Regal zu behandeln sei (zu vgl. die bei Haubold, Lehrb. §. 235 in den Noten angeführten älteren Gesetze).

Deutlich anerkannt ist jedoch die Existenz des Jagdregales erst in der 4. decis. v. 1746, insofern dort zum Erwerbe der Jagd seiten eines Privaten nur landesherrliche Beleihung, resp. unvordenkliche Verjährung für zulässig erklärt wird, während die dort gleichzeitig erwähnte Ersitzung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen nur das Verhältniss mehrerer Privaten unter sich berührt. Uebrigens erstreckte sich zwar die Regalität der Jagd in Sachsen auf deren sämmtliche Klassen, wie solche unter der Bezeichnung der hohen, mittleren und niederen Jagd durch das Mandat vom 8. Novbr. 1717 gegen einander abgegrenzt wurden (zu vergl. Haubold: Lehrb. §. 236 note a.). Nur gelangte die mittlere und niedere Jagd verhältnissmässig rascher und häufiger als die hohe durch Beleihung oder unvordenkliche Verjährung wieder in die Hände der Privaten, oder war wohl auch der Ritterschaft theilweise auf Grund früheren unvordenklichen Besitzstandes belassen worden, und zwar dergestalt, dass sie dieselbe nicht nur auf eigenem Grund und Boden, sondern auch auf dem ihrer Gutsunterthanen exerciren durfte. Noch mehr trug das Gouvernementspatent vom 31. Mai 1814

*) Der Harz, die Magdeburger Haide und die Haide zur Koyne.

und Generale vom 4. Mai 1830 zu immer ausgedehnterer erblicher Ueberlassung der Jagdgerechtsame an Privatpersonen, wenn auch unter fortdauernder Festhaltung des Regalitätsprincipes, bei. Dagegen erklärten die unter dem 2. März 1849 publicirten Grundrechte des Deutschen Volkes die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden, soweit sie nicht durch lästigen, mit dem Grundeigenthümer selbst abgeschlossenen Vertrag erworben worden sei, schlechthin ohne Entschädigung, und zwar dergestalt für aufgehoben, dass dieselbe als Grundgerechtigkeit nicht wieder bestellt werden dürfe. Dabei stellte der hier einschlagende art. 8. §. 37 der Grundrechte den Satz an die Spitze: dass die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden im Grundeigenthume liege.

Das Gesetz vom 12. Mai 1851, die Aufhebung der zu Publication der Deutschen Grundrechte ergangenen Verordn. v. 2. März 1849 betr., liess es hierbei bewenden, und obwohl die hierdurch empfindlich in ihren Rechten verletzten Altberechtigten wiederholt Versuche machten, im Wege der Gesetzgebung wieder in den Besitz ihrer Befugnisse zu kommen, so gelang es doch erst 1858 der Regierung ein Gesetz zu Stande zu bringen, welches den sich direct entgegenstehenden Interessen beider Theile wenigstens annähernd gerecht wurde.

Das Gesetz vom 25. Nov. 1858 gehet nämlich davon aus, dass die Neuberechtigten die Wiederherstellung der durch die Grundrechte aufgehobenen Jagdgerechtsame gegen eine von dem Staate ihnen zu gewährende Entschädigung sich gefallen zu lassen hätten. Zugleich wurden die sämmtlichen Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden, und zwar sowohl die auf diese Weise rehabilitirten, als auch die von den Grundrechten seiner Zeit gar nicht mit betroffenen auf einseitigen Antrag für ablösbar erklärt, mit der Bestimmung, dass die demgemäss abgelösten Jagdrechte den Eigenthümern des zuvor dienenden Grund-

stückes zufallen sollten. Endlich wurde das Verbot der Neubegründung im obigen Umfange wiederholt (§§. 1, 3, 18 und 20 des Gesetzes von 1858). Soweit nun entweder die Jagdgerechtigkeiten nach ihrer Beseitigung durch die Grundrechte von den Altberechtigten gar nicht zurückverlangt, oder soweit sie später abgelöst worden sind, entspricht die dermalige Sachlage im Wesentlichen wieder dem durch die Publication der Grundrechte seinerzeit herbeigeführten Rechtszustande.

Darf man nun auch keineswegs mit dem Ober-Appellations-Gerichte soweit gehen, anzunehmen, dass das auf einem bestimmten Jagdreviere sich befindende Wild heutzutage überhaupt nicht mehr herrenloses Gut, sondern gewissermassen schon Eigenthum des jagdberechtigten Grundbesitzers sei (Annalen A. F. Bd. II. S. 179), so lässt sich doch ebensowenig behaupten, dass man mit der Aufhebung des Jagdregals vollständig zu den Grundsätzen des Römischen Rechtes in Betreff der Occupationsfrage zurückgekehrt sei. Vielmehr hat man es nach wie vor mit einem örtlich begrenzten, innerhalb dieser Grenzen aber ausschliessenden Occupationsrechte gewisser Personen zu thun. Nur erscheint dasselbe jetzt regelmässig an das Eigenthum des jagdbaren Grundes und Bodens geknüpft, und eine servitutenartige Sonderexistenz dieses Rechtes in der Hand anderer Personen als des Grundeigenthümers kann, abgesehen von der nach §. 18 des Gesetzes von 1858 anscheinend noch zulässigen Bestellung einer demgemässen Personalservitut, nur in den verhältnissmässig seltenen Fällen noch vorkommen, wo die gemäss des Gesetzes von 1858 zurückgegebenen, oder seinerzeit durch die Grundrechte nicht betroffenen Jagdrechte bisher nicht zur Ablösung gelangt sind. So fasst auch das neueste Gesetz vom 1. December 1864, „die Ausübung der Jagd betreffend“ §. 1 das Verhältniss auf, indem es das Jagdrecht mit Ausnahme des Falles eines im Verfolge der

Gesetzgebung von 1858 rehabilitirten und nicht abgelösten dergleichen Rechtes als Ausfluss des Grundeigenthumes bezeichnet.

Von dem Jagdberechtigten, der also auch heutzutage noch nicht immer und nothwendig mit dem Grundeigenthümer zusammenzufallen braucht, hat man übrigens wider den Jagdausübungsberechtigten zu unterscheiden, insofern das zuletzt erwähnte Gesetz von 1864 keineswegs allen Inhabern des Jagdrechtes auch dessen selbstständige Ausübung gestattet, sondern bald dieselbe an die Voraussetzung eines in ihrer Hand vereinigten zusammenhängenden Jagdareales von gewisser Grösse knüpft (§§. 3 und 4 des angef. Gesetzes), bald (wie den politischen Gemeinden und den zu einer Jagdgenossenschaft zusammentretenden mehreren kleineren Grundbesitzern) nur eine Ausübung durch Verpachtung oder durch einen anzustellenden verpflichteten Jäger nachlässt (§§. 6 und 7 des Gesetzes), bald die Ausübung auf die eine wie die andere Weise ganz untersagt, d. h. die Jagd auf dem betreffenden Areale ganz ruhen lässt (z. B. §§. 10 und 11 des Gesetzes). Daneben stehen noch die auch für die an sich Ausübungsberechtigten geltenden sonstigen polizeilichen Beschränkungen nach Zeit und Ort (z. B. Schonund Hegezeiten des Wildes, Verbot der Ausübung innerhalb bewohnter Räume und Oertlichkeiten, an Sonntagen, in der Nähe von Gotteshäusern u. s. w.; §§. 29, 30 und 32 des angef. Gesetzes), die aber mit der civilrechtlichen Frage nach dem Eigenthumserwerbe an dem erlegten Wilde ebensowenig, wie die Verpflichtung zur Lösung einer Jagdkarte Etwas zu thun haben.

Unter den §. 231 des B.G.B. genannten Berechtigten hat man sich somit zunächst den Inhaber des Jagdrechtes, soweit er zur selbstständigen Ausübung desselben befugt ist, dann aber auch eintretenden Falles den Pächter des Jagdberechtigten (zu vgl. den Deputationsbericht beider

Kammern) zu denken und der Sinn des hiermit auch im Gesetzbuche zum Ausdrucke gelangten ausschliesslichen oder privilegirten Occupationsrechts muss zuvörderst der sein, dass ein von einem Unberechtigten vorgenommener Occupationsact für diesen den Erwerb von Eigenthum am erlegten Wilde nicht zur Folge haben könne. Ueber dieses negative Resultat hinaus, z. B. mit Schütze in den Jahrbüchern des gemeinen Deutschen Rechts Bd. VI., S. 103 ff. und von Brünneck im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XLVIII. S. 80 ff. anzunehmen, dass es auch beim Wilddiebstahle immer der Jagdberechtigte selbst sei, dem das durch die unerlaubte Occupation begründete Eigenthum am Wilde vermittelst eines unfreiwilligen Repräsentationsverhältnisses, beziehungsweise durch Verwirkung als erworben gelten müsse, würde sich wenigstens dem Gesetzbuche gegenüber, dem eine derartige fingirte Stellvertretung, resp. Verwirkung, nur in gewissen einzelnen, nicht analog auszudehnenden, Fällen bekannt ist (z. B. in §§. 233, 237, 243), nicht rechtfertigen lassen. Vielmehr wird der Jagdberechtigte bei uns, so lange er nicht durch Besitzergreifung an dem durch den Dritten erlegten Thiere für sich Eigenthum erworben hat, immer nur eine Delictsklage gegen den Verletzer seines Rechtes aus dem Gesichtspuncte der §§. 116 ff. verbunden mit §. 687 des B.G.B., also eine Klage auf Schadensersatz und demzufolge auch auf Ausantwortung des erlegten Wildes haben. Das von dem Wilderer erlegte Thier wird aber so lange res nullius bleiben, als bis nicht entweder ein berechtiger Occupationsact oder etwa ein Act wirklicher Specification, worunter man sich jedoch den blossen Act der Tödtung noch nicht zu denken hat, dazwischen tritt.

Das obenerwähnte Gesetz vom 1. December 1864 hebt auch (in §. 33) das bereits seit der Publication der Grundrechte von dem Ober-Appellations-Gerichte für un-

practisch erklärte Institut der Jagdfolge (richtiger Wildfolge) ausdrücklich auf.*)

2. Die Fischerei. Sie steht nach dem Gesetze vom 15. October 1868 §. 3 in Privatgewässern der Erblande im Zweifel Demjenigen zu, zwischen dessen Grund und Boden das Wasser fliesst, also wenn die gegenüber liegenden Ufer sich in dem Eigenthume verschiedener Personen befinden, den anstossenden Grundbesitzern nach Verhältniss ihrer Adjacenz, einem Jeden bis in die Mitte des Wasserlaufes. In der Oberlausitz streitet die Vermuthung für das ausschliessliche Fischereirecht der Gutsherrschaften und, soviel die öffentlichen Flüsse im Sächsischrechtlichen Sinne (zu vgl. oben §. 26) anlangt in allen Gebietstheilen des Königreiches für das des Staates. Anderen als den vorgenannten Personen, die auf Grund landesherrlicher Beleihung oder Privatrechtstitel eine Aenderung dieses Rechtszustandes darzuthun vermögen, steht insoweit die Präsumtion der Ausschliesslichkeit ihres Rechtes gleichfalls zur Seite. Das Austreten fliessender Gewässer hat eine, wenn auch nur vorübergehende Erweiterung des Fischereirechtes über seine natürlichen Grenzen hinaus nicht zur Folge, vielmehr ist rücksichtlich der nach Rücktritt des Wassers ausserhalb der Ufer zurückgebliebenen Fische der jedesmalige Grundeigenthümer ausschliesslich occupationsberechtigt. In Teichen gehaltene Fische dagegen sind schon in §. 229 des Gesetzbuchs ausdrücklich der Kategorie der herrenlosen Sachen und somit der möglicher Occupationsobjecte entzogen; zu vgl. §. 68 des B.G.B. Die Perlenfischerei endlich bleibt Regal, zu vgl. §. 2 des Gesetzes vom 15. October 1868.

3. Rücksichtlich der Bienen stimmte unser zeit-

*) Wochenblatt für merkwürdige Rechtsf. Jahrgang 1858 S. 351, Jahrgang 1859 S 1 uud darüber Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XVII. S. 481 ff.

heriges Particularrecht mit dem Römischen Rechte insofern überein, als beide auf den aus dem Mutterstocke ausfliegenden Bienenschwarm die Grundsätze angewandt wissen wollen, die von den eingefangenen wilden und später in ihre natürliche Freiheit zurückgekehrten Thieren gelten.

Während nun aber das Römische Recht demgemäss nach §. 14 verbunden mit §. 12 J. II. 1. das dem Eigenthümer des Mutterstockes auch an dem Schwarme zuständige Eigenthum so lange fortdauern lässt, als der Schwarm noch in conspectu und seine Wiederhabhaftwerdung nicht schwierig sei, bestimmte das Magdeburger Weichbildrecht art. 120, dass der Eigenthümer des Grundes und Bodens wo ein solcher Bienenschwarm sich niedergelassen habe, zu dessen Occupation alsbald und allein berechtigt sei, ohne Rücksicht darauf, ob der Ort noch in dem Gesichtskreise des früheren Eigenthümers liege oder nicht.

Unser zeitheriger Gerichtsbrauch behandelte diese Stelle des Weichbilds noch als practisch. Das Gesetzbuch dagegen setzt abweichend von beiden Auffassungen dem Eigenthümer des Mutterstockes in §. 230 eine Frist von zwei Tagen, innerhalb deren er befugt sein soll, den ausgeflogenen Schwarm auf fremdem Grund und Boden wieder einzufangen, widrigenfalls derselbe herrenlos, und damit der Occupation seiten des Grundeigenthümers zugänglich werde.

§. 53. Fortsetzung.

II. Andere Fälle der Zueignung, bei denen wirklich herrenlose Sachen nicht vorliegen, oder doch nicht vorzuliegen brauchen (Fälle der sogenannten unächten Occupation), sind:

1. der Fall der Kriegsbeute. Das Recht der Militärpersonen auf das Beutegut bestimmt sich heutzutage lediglich nach den diesfalls bestehenden reglementären Vorschriften. An sich nämlich war und ist nach

heutigem Kriegsrechte sowohl das eigenmächtige Beutemachen im Felde, als auch das gegen die Landesbewohner des diesseitigen wie des fremden, selbst des feindlichen Staatsgebietes verübte Plündern und Marodiren (letzteres die Aneignung unmittelbarer Lebensbedürfnisse seitens sogenannter Nachzügler) beziehentlich ohne vorgängige dienstliche Ermächtigung mit Strafe bedroht (zu vgl. unser zeitheriges Militärstrafgesetzbuch vom 11. August 1855, §§. 144 ff. und nunmehr das im Wesentlichen insoweit übereinstimmende Militärstrafgesetzbuch vom 4. November 1867, §§. 74 ff.). Das bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet deshalb in §. 232 auch nur hypothetisch den Act der Besitzergreifung an der erlaubten Beute und auch nur für Angehörige des Inlandes oder eines befreundeten Staates als das den Eigenthumserwerb vermittelnde Moment.

2. Der Fall des Schatzes (thesaurus). Die unter den Germanisten noch jetzt streitige Frage, ob die einschlagende Stelle des Sachsenspiegels (B. I., Art. 35) auf den Schatz im technischen Sinne oder auf das Bergwerksgut zu beziehen sei (zu vgl. v. Gerber: System des Deutschen Privatrechts §. 91 not. 1), ist durch unsre Particulargesetzgebung schon frühzeitig im letzteren Sinne entschieden worden, mit dem ausdrücklichen Hinzufügen, dass es in Ansehung des Schatzes allenthalben bei dem gemeinen Rechte bewenden solle (c. 53. pte. II.). Auch das Gesetzbuch §§. 233 ff. schliesst sich in unserer Lehre dem gemeinen Rechte insofern an, als es den in der eignen Sache gefundenen Schatz dem Finder ganz, den in einer fremden Sache gefundenen zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Eigenthümer der ersteren zuspricht, dafern nicht unbefugter Weise oder unter Anwendung strafbarer Mittel danach gesucht worden ist, welchenfalls der Schatz bald dem Eigenthümer der bergenden Sache ganz zufallen, bald an den Staat verwirkt sein soll. —

Noch ist hervorzuheben:

a. dass die gemeinrechtlich streitige Frage, ob ein Schatz im technischen Sinne auch in einer beweglichen Sache gefunden werden könne, in §. 233 des B.G.B. indirect bejaht wird;

b. dass der Finder, der in einer fremden Sache einen Schatz entdeckt, binnen dreier Tage dem Eigenthümer der Sache solches anzuzeigen hat, widrigenfalls er seine Finderhälfte zu Gunsten des Eigenthümers der bergenden Sache verwirkt (§. 233, Abs. 3 verbunden mit §. 237 des B.G.B.);

c. dass ein auf der Grenze zweier Grundstücke gefundener Schatz, soweit er überhaupt dem Grundeigenthümer zufällt, zwischen den Nachbarn in allen Fällen gleich zu theilen ist (§. 235 des B.G.B.). Dem Eigenthümer der bergenden Sache steht übrigens nach §. 236 des B.G.B. auch der bonae fidei possessor insofern gleich, als er bei späterer Herausgabe der Hauptsache an den Eigenthümer den während seiner Besitzzeit gefundenen Schatz, beziehungsweise die ihm daran zugefallene Hälfte nicht mit zu restituiren braucht. Ueber das Rechtsverhältniss des Niessbrauchers, sowie des Besitzers einer Familienanwartschaft zum Schatze, welcher in der dem Niessbrauche oder der Familienanwartschaft unterworfenen Sache gefunden wird, zu vgl. §§. 606, 634, 2531 des B.G.B.

d. Ein nach §. 233 des B.G.B. durch den Act der Besitzergreifung seiten des Finders für diesen beziehentlich den Eigenthümer der bergenden Sache zu vermittelnder Eigenthumserwerb am Schatze setzt an sich zwar die wegen Länge der Zeit anzunehmende Unauffindbarkeit des früheren Eigenthümers der verborgenen Sache voraus, und ist insofern zunächst nur ein eventueller. Zur Constatirung kann zwar von den erstgenannten Personen Edictalaufforderung des Schatzeigenthümers durch die Gerichtsbehörde des Fundortes beantragt werden (A.V.O. §. 5). Jedoch ist ein solches vorgängiges Edictalverfahren

keineswegs nothwendige Voraussetzung für den Eigenthumserwerb seiten der genannten Personen, sondern es bleibt lediglich dem eigenen Ermessen der Interessenten anheimgegeben, ob sie zur Herbeiführung einer Präklusion älterer Eigenthumsrechte ein derartiges gerichtliches Verfahren veranlassen wollen, oder nicht. Im letzteren Falle würde der Eigenthumserwerb auf Seiten des Finders resp. des Eigenthümers der bergenden Sache erst durch Ersitzung zu einem definitiven sich verwandeln.

3. Der Fall der Findung einer verlorenen Sache (res deperdita im Gegensatze zu der res derelicta), woran Jemand bloss den Besitz oder die Innehabung ohne seinen Willen, jedoch ohne Dazwischentreten einer fremden Dejectionshandlung eingebüsst hat. Unser zeitheriges Recht stützte sich insoweit auf eine zwar missverständliche, aber mehr als zweihundertjährige Usualinterpretation zweier Stellen des Sachsenspiegels (B. II., art. 29 und 37), denen zu Folge man die gefundene Sache, dafern sich der Eigenthümer oder Verlierer nach öffentlichem, eine Frist von mindestens sechs Wochen enthaltenden, Ausrufe des Richters nicht meldete, zu einem Drittel dem Finder, zu zwei Dritteln dem Richter eigenthümlich zufallen liess. Im Falle fristgemässer Meldung des Eigenthümers oder des Verlierers wurde dann weiter unterschieden, ob derselbe mit dem Finder unter gleichen Gerichten stehe, oder nicht. Ersteren Falles war die Sache gegen Erstattung der Impensen an den sich legitimirenden Empfangsberechtigten zurückzugeben, andern Falles dagegen sollte dem Finder noch ausser seinen Auslagen ein in dem dritten Theile des Werthes der Sache bestehendes Finderlohn gebühren. Erst in neuester Zeit hat das Oberappellationsgericht diesen, sowohl von Haubold (Lehrb. §. 182), als auch von Heimbach (Lehrb. §. 182) für die meisten übrigen Länder Sächsischen Rechtes bezeugten Gerichtsbrauch, soviel den Anspruch des Finders

auf Finderlohn angeht, für „unerweislich" erklärt. Das Gesetzbuch dagegen hat denselben, abgesehen von der Reduction der Höhe des Finderlohnes, nicht nur sanctionirt, sondern auch das Recht des Finders an der gefundenen Sache selbst sogar noch namhaft erweitert. Darnach soll nämlich:

a. die verlorene Sache dem Finder, dafern dieser den Eigenthümer oder Verlierer nicht kennt, und den Fund spätestens binnen vier Wochen der Polizeibehörde des Fundortes anzeigt, mit Ablauf eines Jahres von der durch die Sicherheitspolizeibehörde zu erlassenden öffentlichen Bekanntmachung an, falls letztere ohne Erfolg bleibt, ganz und definitiv zufallen (§. 239 des B.G.B. verbunden mit A.V.O. §. 6.).

Bei Sachen im Werthe von über 50 Thalern bedarf es einer wiederholten Bekanntmachung, bei Sachen im Werthe von nicht über 1 Thaler dagegen ist weder Anzeige noch Bekanntmachung erforderlich. Hier erwirbt vielmehr der Finder die Sache, falls er sie nur nicht auf Nachfrage verheimlicht, mit Ablauf eines von Zeit der Findung an zu berechnenden Jahres ohne Weiteres in das Eigenthum (§. 240 des B.G.B.).

b. Meldet sich aber ein Empfangsberechtigter fristgemäss, so hat er dem Finder ohne weitere Rücksicht auf die Gleichheit oder Verschiedenheit des beiderseitigen Gerichtsstandes ein Finderlohn zu gewähren, welches jedoch nie den zehnten Theil des Sachwerths übersteigt. Bei einem Werthe der Sache von mehr als 100 Thalern ist von dem betreffenden Mehrbetrage sogar nur 1 Procent als Finderlohn zu entrichten; bei Sachen, welche keinen eigentlichen Verkehrswerth haben, erfolgt arbiträre Festsetzung des Finderlohnes durch die Behörde (§. 242 des B.G.B.).

c. Eine dem Finder zur Last fallende Fundunterschlagung (Revid. Strafgesetzbuch art. 291) hat die

Verwirkung der ihm andernfalls gebührenden Rechtsvortheile an den Staat zur Folge (§. 243 des B.G.B.).

d. Die angeschwemmten, oder sonst durch Naturkraft Jemanden zugeführten Sachen werden nach der Fassung des §. 239 des B.G.B. mit den wirklich verlorenen Sachen im obigen Sinne nach gleichen Grundsätzen zu behandeln sein.

e. Im Gegensatze zu der Lehre vom Schatze ist hier das Ansichnehmen der gefundenen Sache für sich allein noch niemals geeignet, für den Finder Eigenthum daran zu begründen, sondern in allen Fällen kommt hier erst durch den hinzutretenden Zeitablauf von mindestens einem Jahre und den daran, beziehentlich an die vorausgegangene öffentliche Bekanntmachung, geknüpften Präclusiveffect das früher an der Sache bestandene Eigenthumsrecht zur Erlöschung, kann also auch erst von jetzt ab dem Finder als zugefallen gedacht werden. Durch den Act der Findung wird daher nur erst pro futuro die Person desjenigen festgestellt, der im Falle unterlassener rechtzeitiger Meldung des Berechtigten Eigenthümer der Sache werden soll. Das diesfallsige Anrecht des Finders wird jedoch, dafern er vor Ablauf der Frist versterben sollte, als auf seine Erben übergegangen gelten dürfen. Eine Ersitzung an der verlorenen Sache zu Gunsten des Finders ist weder möglich, noch auch nöthig. Die thatsächliche Apprehension an der gefundenen Sache wird übrigens nach §. 239 des B.G.B. zwar in der Regel erfordert, ist aber nach §. 241 des B.G.B. — dem Falle des Prioritätsstreites unter mehreren Concurrenten — nicht ausnahmslos entscheidend. Dagegen ist förmliche Besitzergreifung wie beim Schatze nach §. 233 des B.G.B. hier nicht Voraussetzung.

§. 54. Vom Fruchterwerbe.

In Bezug auf den Fruchterwerb des Eigenthümers und des Emphyteuta (des heutigen Erbzinsmannes), sowie des bonae fidei possessor der fruchttragenden Sache ist unser Particularrecht von jeher den gemeinrechtlichen Grundsätzen gefolgt, wonach die genannten Personen schon mit dem Augenblicke der Trennung der Frucht von der fruchttragenden Sache und nicht erst, wie z. B. der Pachter, durch eine hinzutretende besondere Perceptionshandlung das Eigenthum an den Früchten erlangen. Auch das Gesetzbuch lässt es in §. 244 hierbei im Wesentlichen bewenden, nur behandelt es, soviel den redlichen Besitzer anlangt, dessen durch die Separation begründetes Eigenthum an den Früchten (insoweit also abweichend von dem gemeinen Rechte) nicht einmal mehr als ein bloss interimistisches, sondern als ein definitives, indem der redliche Besitzer nach §. 308 des B.G.B. verb. mit den Schlussworten des §. 309, die bis zur Klagbehändigung erhobenen Früchte nicht einmal dann herauszugeben braucht, wenn sie später noch bei ihm vorgefunden werden sollten.

Der hierin, wie auch schon in der, wenn auch beschränkteren, gemeinrechtlichen Begünstigung des bonae fidei possessor vor dem Eigenthümer der Hauptsache zum Ausdrucke gelangte Gedanke (l. 35 J. II, 1. — naturali ratione placuit, fructus ejus esse pro cultura et cura) fand sich noch in anderer Weise im Sachsenspiegel (II. 58, III. 76) dergestalt verwerthet, dass dem zum Bezuge der Früchte aus einer fremden Sache Berechtigten die sogenannten Industrialfrüchte schon dann als verdient zufallen sollten, sobald nur die zu deren Herstellung erforderlichen Arbeiten beendet seien. Die const. 32 pte. III. adoptirte dieses Princip für den Fall der Auseinandersetzung zwischen den Lehens- und Allodialerben eines verstorbenen Lehensmannes. Man wendete es aber bei

uns im Anschluss an die zweite der obigen Sachsenspiegelstellen auch auf den Fall des ehemännlichen und des sonstigen Niessbrauches an. Rücksichtlich der einzelnen Fruchtarten bestimmte sich hiernach der entscheidende Zeitpunct näher dahin, dass

a. für die gewöhnlichen Feldfrüchte der Grundsatz des Sachsenspiegels entschied: „wenn die Egge das Land bestrichen";

b. für Obst, Wein u. dergl. der Urbanstag (25. Mai) die Grenze bildete, und

c. für die übrigen Gartenfrüchte und Gemüse es darauf ankam, wann der Garten bepflanzt, und bei Sämereifrüchten, wann er besäet und geharkt sei.

Ob, wie mehrfach, namentlich in früherer Zeit angenommen wurde, hierdurch ein Eigenthumserwerb an dergleichen Früchten für den zeitherigen Fruchtberechtigten oder dessen Erben schon vor der Separation anerkannt sei, oder ob der Besteller resp. dessen Erben dadurch nur das feste, vererbliche Recht auf Abbringung der auf fremden Grund und Boden anstehenden Frucht erwerben (so namentlich Stobbe, Beiträge zur Geschichte des Deutschen Rechts, S. 67) war streitig. Das bürgerliche Gesetzbuch §. 245 lässt den Niessbraucher, sowie den sonst zum Früchtebezuge Berechtigten gleich dem Pachter auch die Industrialfrüchte erst durch Perception in das Eigenthum erwerben. Daneben räumt es aber jener Altdeutschen Lehre von der verdienten Frucht insofern noch eine gewisse Geltung ein, als es bei Beendigung eines solchen Fruchtrechtes zu bestimmen gilt: wie viel an den Früchten des letzten Jahres dem bisherigen Fruchtberechtigten resp. dessen Erben gebühre. Hier soll es nämlich nach §. 76 des B.G.B. in Ansehung der Industrialfrüchte auch noch ferner auf den Umstand ankommen, ob und in wieweit die zur Hervorbringung der Früchte erforderlich gewesenen Verwendungen auf die Sache noch in die Zeit des nun-

mehr beendeten Nutzungsrechtes gefallen seien. Abgesehen indessen davon, dass das Gesetzbuch es vermeidet, für die einzelnen Fruchtgattungen feste Termine, wie die oben ad a bis c gedachten aufzustellen, so ergiebt sich hieraus auch noch die weitere Abweichung von unserem zeitherigen Rechte, dass künftig selbst schon eine theilweise Beendigung der Herstellungsarbeit für genügend zu erachten sein wird, um dem früheren Fruchtberechtigten oder dessen Erben einen entsprechenden Antheil an der Aernte zu sichern, während nach zeitherigem Rechte z. B. der Usufructuar, dessen Recht noch vor vollständiger Beendigung der Bestellungsarbeiten erlosch, nur einen Anspruch auf Erstattung der diesfalls gemachten Impensen hatte.

§. 55. Umarbeitung oder Umbildung (specificatio): Verbindung und Vermischung (adjunctio, commixtio).

I. Bei der hier in Rede stehenden Specification im Sinne des Römischen Rechtes ist die Frage, wann das aus der Umarbeitung oder Umbildung einer Sache gewonnene Arbeitsproduct als neue Sache im Sinne des §. 246 des B.G.B. anzusehen sei, nach dem Vorgange mehrerer älterer Römischen Juristen darnach zu entscheiden, ob die producirte Sache nach der im Verkehrsleben üblichen Anschauungsweise als eine von ihrem Stoffe begrifflich verschiedene sich darstelle (Gegensatz einerseits von völliger Zerstörung und andererseits von blosser Zertheilung oder Zerlegung der früheren Sache). Weder hierbei, noch bei der hieran sich knüpfenden zweiten Frage: wem das Eigenthum an der neugeschaffenen Sache zufalle, ist künftig (abweichend vom Justinianeischen Rechte) ein Gewicht noch darauf zu legen, ob sich die nova species auf ihren früheren Stoff zurückführen lasse oder nicht. Vielmehr schliesst der Verfertiger der neuen Sache den zeitherigen Stoffeigenthümer nunmehr in allen Fällen aus; ja es kommt

nicht einmal darauf mehr etwas an, ob (was nach gemeinem Rechte wenigstens sehr bestritten ist) der Verfertiger sich bei der Verarbeitung des fremden Materials in gutem oder bösem Glauben befand. Nur auf die Ersatzfrage äussert letzteres Moment insoweit Einfluss, als der gutgläubige Specificant dem Stoffeigenthümer nur bis zur Bereicherung haftet. Indessen versteht sich von selbst, dass gegen den Specificanten unter Umständen, wenn ihn nämlich eine zurechenbare Verschuldung traf, ungeachtet seiner bona fides, auch die weiter gehende Klage der §§. 1483 ff. des B.G.B. (actio legis Aquiliae) begründet sein kann.

II. Die hier von dem Gesetzbuche besonders behandelte Verbindung und Vermischung begreift im Sinne des Römischen Rechtes:

a. die adjunctio in der Mehrheit ihrer Fälle (§. 247 des B.G.B.);

b. die commixtio und confusio (§. 248 des B.G.B.);

c. die pictura und scriptura (§. 252 des B.G.B.).

ad. a. und b. Diese Fälle sind jetzt fast allenthalben unter gleiche Grundsätze gestellt, und zwar bildet hier in theilweiser Abweichung vom Römischen Rechte nunmehr die Untrennbarkeit der mit anderen verbundenen resp. vermischten beweglichen Sachen die gemeinschaftliche Voraussetzung für eine auf diesem Wege herbeizuführende Eigenthumsveränderung. Untrennbarkeit im rechtlichen Sinne soll aber schon dann angenommen werden, wenn die physisch an sich ausführbare Scheidung mit einem zu dem Werthe der Sache ausser Verhältniss stehenden Zeit- und Kostenaufwande — welcher ein Viertheil des Sachwerthes übersteigt — verbunden sein würde (§. 249 des B.G.B.). Der Umstand, ob die verbundenen Sachen zu der Classe der festen oder flüssigen Körper gehören, begründet keinen begrifflichen Unterschied mehr und kann nur noch insofern in concreto in Betracht kommen — als im ersteren Falle weniger leicht die Untrennbarkeit im

obigen Sinne anzunehmen sein wird als im letzteren. Soweit übrigens nicht eine dergleichen Verbindung oder Vermischung unter den Gesichtspunct der Specification fällt, wo dann natürlich auch bei uns die Grundsätze sub I. einzutreten haben, besteht die durch sie bedingte Eigenthumsveränderung in der Regel nur in der Begründung von Miteigenthum für die verschiedenen Eigenthümer der unter sich verbundenen Sachen.

Nur zwei Voraussetzungen giebt es, unter welchen für einen der Betheiligten ausnahmsweise auch Alleineigenthum aus der Verbindung hervorgehen kann, nämlich:

ad a. dann, wenn die eine der unter sich verbundenen Sachen zu der anderen im Verhältniss der Hauptsache zur Nebensache steht. Darüber, ob Letzteres der Fall sei, entscheidet natürlich zunächst Beschaffenheit und Zweck der unter sich verbundenen Sachen, und nur aushülfsweise hat nach §. 250 des B.G.B. ihr beiderseitiges Werthverhältniss dabei den Ausschlag zu geben.

ad b. tritt eine weitere Ausnahme und zwar rücksichtlich fremder Geldstücke ein, die Jemand mit den seinigen dergestalt vermischt, dass eine Sonderung nicht mehr ausführbar erscheint. Jedoch soll selbst in diesem Falle die Vermischung nicht, wie nach Römischem Rechte, das Alleineigenthum für den Vermischenden unbedingt zur Folge haben, sondern nur dann, wenn die fremden Geldstücke im Wege der Zahlungsleistung in die Hand des Vermischenden gekommen sind. Beim Mangel dieser Voraussetzung würde also auch hier, gemäss der obigen Regel, nur Miteigenthum der Betheiligten durch die Vermischung begründet werden können. Nicht zu verwechseln ist hiermit übrigens der Fall des §. 296 des B.G.B., wonach der gutgläubige Besitzer fremden Metall- und Papiergeldes, ganz abgesehen von einer durch die Vermischung herbeizuführenden Eigenthumsveränderung, also

namentlich auch ohne Rücksicht darauf, ob er das Geld in Zahlung empfing oder nicht, gegen die Vindication des Eigenthümers geschützt sein soll. Auf die dort vorausgesetzte bona fides des Besitzers kommt es hier, wie in allen übrigen Fällen ad II. gleichfalls nur bei der Ersatzfrage an (§. 251 des B.G.B.).

ad c. ist der im Justinianeischen Rechte nur für die pictura als Ausnahme aufgestellte Grundsatz, dass nämlich der Stoff, auf welchem gemalt werde, dem Gemälde folge, auch für die Fälle des Zeichnens, Schreibens, Druckens u. s. w. auf fremde Stoffe zur Regel erhoben, vorausgesetzt, dass nicht das Gemalte, Geschriebene u. s. w. zu dem fremden Stoffe in einem völlig untergeordneten Verhältnisse steht. Von den ad a. und b. besprochenen Fällen unterscheidet sich der hier in Rede stehende unter Anderen wesentlich dadurch, dass hier, wie auch bei der Specification sub I. immer eine bewusste Thätigkeit des Verfertigers vorausgesetzt wird, während in den Fällen ad a. und b. auch schon eine durch blossen Zufall herbeigeführte Verbindung und Vermischung die fragliche Eigenthumsveränderung hervorbringen kann. Dagegen ist zum Unterschiede von der Specification hier der Gesichtspunct der Accession als ein wenigstens mitwirkender zu denken, der bei der specificatio keineswegs zu concurriren braucht, weshalb auch hier auf das nach dem einzelnen Falle zu bemessende Verhältniss der Unterordnung des Gemäldes, der Schrift u. s. w. unter den Stoff Werth gelegt werden konnte.

§. 56. Sonstige Erwerbsarten an beweglichen Sachen.

I. Uebergabe,
II. Richterliche Entscheidung,
III. Erbfolge, Vermächtniss, Anwartschaft,
IV. Ersitzung.

Zu I. Unter Uebergabe ist hier der in der Form der Uebertragung des Besitzes an der Sache sich aussprechende Veräusserungswille, also in der Regel der des Eigenthümers gemeint, welcher, um den beabsichtigten Erfolg herbeiführen zu können, mit dem Erwerbswillen auf Seiten des andern Theiles zusammentreffen muss. Der gemeinrechtliche Fall des sogenannten jactus missilium*) wird nach der Fassung des §. 254 des B.G.B. gleichfalls nicht als ausgeschlossen betrachtet werden dürfen, da dort nicht erfordert wird, dass der Uebergebende den Empfangenden persönlich kennen oder überhaupt sein Veräusserungswille auf eine individuell bestimmte Person gerichtet sein müsse. Beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen soll es auf das der Eigenthumsübertragung zu Grunde liegende Motiv (causa traditionis) nicht weiter ankommen, weshalb auch nach §. 256 des B.G.B ein Irrthum über die Art des anlassgebenden Rechtsgeschäftes den Eigenthumsübergang nicht ausschliesst. Auch steht solches mit der Bestimmung in §. 1547 des B.G.B. in vollkommenem Einklange, wonach eine auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes erfolgte Uebergabe dennoch nicht selbst nichtig sein und daher nach Befinden nur zur Zurückforderung der Sache mit einer persönlichen Klage aus der Hand des Empfängers (condictio sine causa) berechtigen soll. Anders freilich in den Fällen, wo der der causa traditionis entgegenstehende Nichtigkeitsgrund den Traditionsact selbst zugleich mit afficirt (§. 1647 des B.G.B.). Dasselbe wird einzutreten haben rücksichtlich der das gesetzliche Mass übersteigenden Schenkung in Ansehung dieses Ueberschusses, dafern die Schenkung eine formlose war (§§. 1056 bis 1058 des B.G.B.).

Die gemeinrechtliche Controverse, ob eine von dem

*) l. 9. §. 7 D. de adqu. rer. dom. XLI, 1. Windscheid, Lehrb. der Pand. Aufl. II. Bd I. S. 480 (§. 172) no. 4 not. 11.

nondominus vorgenommene Eigenthumsübertragung dadurch, dass der Tradent das ihm früher fehlende Eigenthum später erwirbt, nachträglich ohne Weiteres gültig werde, ist in §. 254 des B.G.B. a. E. bejahend entschieden, dergestalt jedoch, dass das Eigenthum des Empfängers erst von dem Momente an datiren soll, wo der Tradent Eigenthümer geworden ist. Einer der von dem §. 254 des B.G.B. noch sonst erwähnten möglichen Fälle des Eigenthumserwerbes durch Uebergabe seiten eines Nichteigenthümers ist z. B. der Pfandverkauf (§§. 378 ff. des B.G.B.).

Zu II. Bei der richterlichen Entscheidung ist zunächst an die bereits oben §. 43 zu a., a. E. erwähnten Fälle eines im richterlichen Theilungsverfahren erfolgten Adjudicationsactes zu denken. Nach der Fassung des §. 258 des B.G.B gehören hierher jedoch auch Fälle der blossen Verwirkung, und für diese giebt das Gesetzbuch theils selbst Beispiele an die Hand (§§. 237 u. 243 des B.G.B.), theils sind solche aus unserer sonstigen Landesgesetzgebung zu entnehmen, z. B. der hierher zu rechnende Fall der Confiscation in §. 24 des „Gesetzes: die Forst-, Wild- etc. Diebstähle betr." v. 11. Aug. 1855, welches durch die Revision der Strafgesetzgebung vom 1. October 1868 insoweit unberührt geblieben ist. Nach §. 41 des Zollstrafgesetzes vom 3. April 1838 geht das Eigenthum von den der Confiscation unterliegenden Sachen erst mit dem Augenblicke der Beschlagnahme auf den Staat über. Hierbei wird es nach der Fassung der Schlussbestimmung im §. 258 des B.G.B. verb. m. P.V.O. §. 3, auch ferner zu bewenden haben.

Zu III. Das Nähere hierüber im Erbrechte.

§. 57. Zu IV. Die Ersitzung.

I. Unser zeitheriges Recht unterschied in Bezug auf die Ersitzung beweglicher Sachen schon zwei Arten:

1. die ordentliche oder einjährige Ersitzung, wobei man aber an ein Sächsisches Jahr, also an eine Frist von einem Jahre sechs Wochen drei Tagen zu denken hatte. Mehrere, zum Theil bereits oben in §. 53, 3. bei der Lehre von der Findung erwähnte Stellen des Sachsenspiegels, besonders I, 28, 29 und II, 37 bilden zwar den Ausgangspunct für die Entwickelung der Lehre, aber im Grunde nur in Folge der zum Theile gewaltsamen Auslegung, welche dieselbe bei den Vorläufern Carpzov's, sowie bei diesem selbst fanden (cf. Haubold, opuscula acad.: diss. de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae Bd. II, S. 37 ff.).

Abgesehen von dieser Verschiedenheit in der Dauer der Ersitzungsperiode wurden auf diese Ersitzungsart die sonstigen gemeinrechtlichen Erfordernisse der ihr entsprechenden dreijährigen Mobiliarersitzung übertragen, also nicht bloss justus titulus, sowie bona fides (und zwar letztere in Gemässheit des canonisch-rechtlichen Principes für den ganzen Verjährungszeitraum), sondern auch Habilität der Sache. Insbesondere ist der nach Römischem Rechte rücksichtlich der res furtivae bestehende objective Ausschliessungsgrund bis zum Inkrafttreten des Gesetzbuches als practisch gültig zu betrachten gewesen, und aus den Schlussworten der dec. 87 von 1661 liess für die hie und da sich geltend machende gegentheilige Meinung um so weniger etwas sich folgern, je weniger man zu der Annahme genöthigt war, dass dort unter der erwähnten Verjährung, wenn überhaupt Ersitzung, gerade die ordentliche habe gemeint sein sollen (Abweichend z. B. die Entscheidung im Wochenbl. 1151. S. 452 ff.).

2. Die ausserordentliche, und zwar wurde dieselbe

a. in der Regel in einem Zeitraume von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen vollendet; dies namentlich in den Fällen, wo es dem Ersitzenden am justus titulus fehlte, oder wo z. B. Furtivität der Sache vorlag. Dafür aber, dass die Vorschrift der Carolina betreffs der gänzlichen Ausschliessung der Ersitzung bei geraubten und gestohlenen Sachen im engeren und eigentlichen Sinne in Sachsen jemals angewandt worden wäre, findet sich in unserer Praxis kein Anhalt.

b. Rücksichtlich der zu unmittelbarem gottesdienstlichen Gebrauche bestimmten beweglichen Sachen der Kirche, res sacrae im heutigen Sinne, ingleichen rücksichtlich der beweglichen Sachen des Fiscus fand nur 40jährige Ersitzung, beziehentlich unter Hinzurechnung der 4jährigen Restitutionsfrist statt (c. 5. pte. II. v. 1572). Die übrigen beweglichen Sachen der Kirchen, sogenannte res ecclesiasticae, sowie die der piae causae unterlagen nach der herrschenden Ansicht allerdings der ordentlichen Ersitzung, nur auch hier unter Berücksichtigung des quadriennii restitutionis in integrum (Weber, Kirchenrecht. Bd. II. S. 598. Anm. 68. Aufl. II.).

II. Recht des Gesetzbuches.

1. Dasselbe verlängert die Ersitzungszeit bei der ordentlichen Ersitzung auf drei Jahre (§. 261 des B.G.B.), und verkürzt dafür dieselbe bei der ausserordentlichen auf dreissig Jahre (§. 260 des B.G.B.).

2. Als gemeinsam für beide Ersitzungsarten gilt das Requisit der bona fides, und zwar auf die ganze Dauer der Ersitzungsperiode (§. 265 des B.G.B.) — nur braucht dieselbe auch hier nicht vom Ersitzenden bewiesen zu werden: arg. §. 272 des B.G.B. — dergestalt, dass für die ordentliche, wie für die ausserordentliche Ersitzung Entschuldbarkeit des dem guten Glauben zu Grunde liegenden Irrthumes erfordert wird (§. 267 des B.G.B.; vergl. oben §. 46 ad 2).

3. Für die ordentliche Ersitzung kommen als weitere Requisite noch hinzu:

a. rechtmässiger, d. h. durch Erwerbstitel gerechtfertigter Besitz,

b. fehlerfreier Besitz.

Ad a. ergiebt sich aus dem zu 2. Bemerkten (insofern dort Entschuldbarkeit des der bona fides zu Grunde liegenden Irrthums bei der ordentlichen, wie bei der ausserordentlichen Ersitzung gleichmässig erfordert wird), dass das Requisit des hier nur für die ordentliche Ersitzung in Frage kommenden Titels ein selbständiges sei, d. h. dass die bei der ordentlichen Ersitzung nachzuweisende Erwerbsthatsache nicht bloss als Rechtfertigungsgrund für die bona fides (die ja auch bei der ausserordentlichen eine entschuldbare sein muss), sondern auch unabhängig von dieser in Betracht zu ziehen sei, umgekehrt aber die Entschuldbarkeit der bona fides an sich von dem Vorhandensein eines Erwerbsgrundes keineswegs bedingt erscheine (über die hier angedeutete Controverse des gemeinen Rechtes zu vergl. Arndts §. 160 Anm. 1).

Deshalb können reine Putativtitel bei uns die ordentliche Ersitzung nicht weiter begründen, obwohl andererseits ein Irrthum über die Art des wirklich vorhandenen und an sich brauchbaren Erwerbstitels dieselbe nicht ausschliesst (§. 269 des B.G.B.).

Die gemeinrechtlich verschiedene Rubricirung der auf Tradition gestützten Titel (pro emtore, pro donato, pro soluto etc.) erscheint für uns bedeutungslos, dafern nur sonst Umstände dargethan werden können, welche den auf Seiten des Tradenten vorhanden gewesenen Veräusserungswillen an sich voraussetzen lassen (zu vergl. das oben §. 56 zu I Gesagte). Auch hat sich die Eigenthümlichkeit des Römischen Rechtes, dass zu der Wirksamkeit des titulus pro emtore unter Anderen auch noch Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises gehöre, für

das Gesetzbuch dadurch erledigt, dass dieses nach §. 1094 von letzterem Requisite für die Wirkung des Eigenthumsüberganges bei Tradition des Verkäufers an den Käufer überhaupt ganz absieht.

Ein besonderer, dem wahren Erben zur Seite stehender titulus pro herede ist dem Gesetzbuche unbekannt, d. h. die Erbenqualität an sich giebt dem wahren Erben keinen zur ordentlichen Ersitzung geeigneten Rechtsgrund weder in Ansehung von Sachen, die er nur irrthümlich zur Erbschaft rechnete, noch in Ansehung solcher, die zwar der Erblasser, aber ohne einen geeigneten Rechtsgrund inne hatte. Dagegen kann der Erbe nicht bloss die von seinem Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen, sondern auch bei sonst vorhandenen Voraussetzungen an den im Nachlasse vorgefundenen Sachen eine neue Ersitzung beginnen, in welchem letzteren Falle ihm der Mangel der bona fides des Erblassers nicht hinderlich sein soll (§§. 270 u. 266 des B.G.B.). Ebenso soll der Nichterbe in einem ihm etwa zur Seite stehenden vermeintlichen Delationsgrunde zugleich einen geeigneten Rechtsgrund zur Ersitzung der zum Nachlasse gehörigen Sachen haben, welcher jedoch nur gegen dritte Personen und nicht gegen den wahren Erben wirkt (§. 271 des B.G.B.).

ad b. Das Requisit des fehlerfreien Besitzes ist ein dem bisherigen Rechte ganz unbekanntes, und es folgt aus ihm z. B., dass selbst ein gutgläubiger titulirter Besitzer, der die seinem Besitze etwa entzogen gewesene Sache sich durch einen Act unerlaubter Selbsthülfe wieder verschafft hat, für die Zukunft nur auf die ausserordentliche Ersitzung angewiesen sein wird.

c. Ein objectiver, auf der Furtivität der Sache beruhender Grund zur Ausschliessung der ordentlichen Ersitzung ist dem Gesetzbuche fremd, so dass auch die res furtiva in der Hand des redlichen, fehlerfreien Besitzers beim Vorhandensein eines geeigneten Rechtsgrundes schon

binnen drei Jahren ersessen werden kann. Ueber die Ersitzungsfähigkeit der res sacrae spricht sich das Gesetzbuch nicht aus, und sie bloss der ordentlichen Ersitzung zu entziehen, fehlt es daher an jedem Grunde. Das Richtige dürfte deshalb sein, sie als dem Verkehr entzogene Sachen künftig weder der ordentlichen, noch der ausserordentlichen Ersitzung zu unterwerfen. Ein Privilegium des Fiscus dagegen ist nicht mehr anzuerkennen.

4. Neben der durch Besitzverlust oder mala fides superveniens herbeigeführten Unterbrechung der Ersitzung ist auch der Anstellung der Eigenthumsklage seiten des wahren Eigenthümers die gleiche Wirkung beigelegt, jedoch wird hier im Gegensatze zu dem bei der Unterbrechung der Klagenverjährung adoptirten Principe (cf. oben §. 39) in der Regel Behändigung der Ladung an den Ersitzenden vorausgesetzt. Ist solche wegen eines in der Person des Beklagten liegenden Hindernisses aber nicht möglich, so vertritt ein von dem Processrichter hierüber ertheiltes Zeugniss deren Stelle, und ebenso dient dann, wenn wegen Unbekanntschaft des Ortes, wo die Sache sich befindet, oder wo der Gegner sonst belangt werden könnte, nicht einmal Anbringung der Klage bei Gericht thunlich ist, eine Protestation bei dem eigenen Richter des Eigenthümers auch hier, wie in dem analogen Falle des §. 164 des B.G.B. zur Aushülfe.

5. Ganz oder zeitweilig ausgeschlossen ist sowohl die ordentliche als die ausserordentliche Ersitzung, wenn und solange der Eigenthümer, gegen welchen ersessen werden soll, sich in einer solchen Lage befindet, dass gegen ihn keine Verjährung der Eigenthumsklage läuft, d. h. also die Ersitzung kann in diesem Falle nicht beginnen oder eine bereits begonnene steht auf solange still.

3. Abschnitt. Erwerb des Eigenthums an unbeweglichen Sachen.

§. 58. Aelteres Recht bis zur Einführung der Grund- und Hypothekenbücher.

Der in den mittelalterlichen Rechtsquellen (Sachsenspiegel B. I., 9, 52) sich findende Grundsatz, dass die Uebereignung von Immobilien, wenn sie für den Erwerber die rechte Gewere begründen sollte, öffentlich an der Dingstätte des Bezirks der gelegenen Sache, meist wohl in der Form der solennen Auflassung und unter richterlicher Autorität zu erfolgen habe, behielt auch für die Meissner Lande Geltung (zu vgl. Rechtsbuch nach Distinctionen I., 31, 1). Im Laufe der Zeit entwickelte sich jedoch unter dem Einflusse der lehnsrechtlichen Anschauungen für die Art der richterlichen Mitwirkung auch bei dem an den gewöhnlichen Allodialgrundstücken vorkommenden Besitzwechsel die bis in das laufende Jahrhundert herab üblich gebliebene Solennität der „gerichtlichen Beleihung" des neuen Acquirenten (sog. investitura allodialis sive Saxonica) — c. 39 pte II. — dec. 61 v. 1661 —. Man verstand darunter die nach vorgängiger Auflassung der Lehen in die Hand des Richters von diesem abgegebene feierliche Erklärung, dass er das Grundstück dem neuen Erwerber hiermit „in Lehen und Würden reiche". Dem Acte lag keineswegs die Annahme eines dem Gerichtsherrn etwa zuzuschreibenden Obereigenthums an den sämmtlichen Liegenschaften seines Bezirks zu Grunde, vielmehr sollte durch ihn nur der Doppelzweck einer öffentlichen Beglaubigung des Erwerbsactes, sowie einer im Interesse des Jurisdictionsinhabers, beziehentlich sonstiger Abgabenberechtigter liegenden Controle über die sich zutragenden Besitzveränderungen erreicht werden. Bei den freiwilligen Veräusserungen gesellte sich zu dem

Acte der Lehnsreichung auch noch die richterliche Confirmation des Veräusserungsvertrages, während bei den Veräusserungen im Wege der nothwendigen Subhastation, ingleichen bei Erbgangsfällen nicht bloss diese Confirmation hinwegfiel, sondern auch die Auflassung fehlen, beziehentlich durch die Erklärung der Erben des zuletzt beliehenen Besitzers ersetzt werden konnte. Die auch im Falle der nothwendigen Subhastation nöthige Lehensreichung an den Ersteher bezeichnete man technisch als Adjudication. Die abschriftliche Einverleibung der auf den jedesmaligen Besitzwechsel bezüglichen Urkunden in ein bei Gericht gehaltenes öffentliches Buch, das sogenannte „Gerichtshandelsbuch" (nicht zu verwechseln mit dem in der Lehre vom Pfandverkehre bei Immobilien früherhin vorkommenden Consensbuche) war zwar vorgeschrieben, galt aber nach der richtigeren Ansicht für den Eigenthumserwerb nicht als wesentlich. Als symbolische Tradition fasste übrigens unser Sächsisches Recht die richterliche Beleihung nicht auf. Vielmehr musste zu letzterer die wirkliche Einräumung des Besitzes noch hinzukommen, um auf den Acquirenten die vollen Eigenthumsbefugnisse zu übertragen. Gottschalk in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I., S. 15. Rücksichtlich der diesfalls in der Germanistischen Literatur bestehenden Controverse ist zu vergleichen v. Bar, das Beweisurtheil des Germanischen Rechts S. 179 ff.

Umgekehrt gestand man aber der blossen aussergerichtlichen Uebergabe, dafern sie auf Grund eines gültigen Erwerbstitels erfolgt war, auch ohne hinzutretende Beleihung, gewisse wichtige Rechtswirkungen zu. Abgesehen nämlich von seinem Rechte zur Erhebung der Grundstücksnutzungen sollte ein solcher Besitzer nach dem hier einschlagenden Hauptgesetze (dec. 1 von 1746), wenn sonst die erforderlichen Voraussetzungen hierzu vorlagen, zur Ersitzung des Grundstückes befähigt sein, und zwar wird

daselbst zur Vollendung der letzteren ein 31 Jahr 6 Wochen 3 Tage fortgesetzter redlicher Besitz gefordert, wobei jedoch zwischen mehreren auf einander folgenden unbeliehenen Besitzern accessio temporis stattfand. Die früher streitige Frage: ob der Ersitzende ausser dem rechtsverwährten Besitze am Grundstücke auch noch den justus titulus zu erweisen habe, entschied die spätere Praxis verneinend; Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 6. August 1836. Hierzu Steinacker, Progr.: De vi et indole praescriptionis rerum immobilium Saxonicae quae 31 ann. 6 hebd. 3 dd. lapsu finitur, Lips. 1837.

Schon durch die vollendete Ersitzung wurde zwar der gutgläubige Besitzer nach der Auffassung unserer Decision (no. 1 von 1746) wahrer Eigenthümer. Ausserdem erlangte er aber dadurch auch noch das Recht, von dem Richter ohne vorgängige Lehnsauflassung seitens seines Auctor oder dessen Erben die Beleihung zu fordern. Während des Laufes der Ersitzung dagegen stand ihm zum Schutze seines Usucapionsbesitzes gegen dritte schwächer Berechtigte sowohl die actio Publiciana als die Negatorienklage zu.

Den Complex dieser aus der aussergerichtlichen Uebergabe hergeleiteten Befugnisse begriff man von jeher im Gegensatze zu dem durch Beleihung, resp. Ersitzung begründeten bürgerlichen Eigenthume unter dem Namen des natürlichen Eigenthumes. Der bürgerliche oder Civileigenthümer war im Vergleiche zu dem blossen Naturaleigenthümer insofern besser gestellt, als nur ihm gegen Dritte die rei vindicatio zur Seite stand, und als nur er — (und zwar dies auch nur dann, wenn er auf die eine oder andere Weise die gerichtliche Beleihung erlangt hatte) das Grundstück mit voller rechtlicher Wirkung weiter veräussern und mit dinglichen Lasten beschweren konnte. Dagegen konnte umgekehrt der Naturaleigenthümer sich gegen seinen noch in dem Lehn stehenden

Auctor, wenn dieser etwa mit der Eigenthumsklage gegen ihn auftrat, mit der exceptio rei venditae et traditae schützen; auch konnte er natürlich auf Verschaffung des ihm noch fehlenden Civileigenthums, also auf Lehnsauflassung gegen seinen Auctor klagen; ja man gestand sogar dieses Recht nach ausgebrochenem Concurse zu dem Vermögen des Auctor dem titulirten gutgläubigen Besitzer des Grundstückes im Falle erfolgter Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises selbst gegen die Concursgläubigerschaft zu.

§. 59. **Neueres und neuestes Recht.**

In Folge der durch das Gesetz vom 6. November 1843 bewirkten Einführung der Grund- und Hypothekenbücher in Sachsen sind die im vorigen Paragraphen dargestellten Grundsätze wesentlich modificirt worden. Das Recht der Gesetzgebung von 1843 ist auch mit wenigen Ausnahmen in unser Gesetzbuch übergegangen. Nach dem Gesetze von 1843 soll in der Regel für jeden Ort (mit Ausnahme der ganz kleinen Ortschaften) ein eigenes Grund- und Hypothekenbuch gehalten werden. In dasselbe sollen mit einigen weiter unten zu erwähnenden Ausnahmen alle zur Ortsflur gehörigen Grundstücke dergestalt eingetragen werden, dass jedes einzelne Grundstück oder, dafern mehrere dergleichen unter einander im Zubehörigkeitsverhältnisse stehen, der durch sie gebildete Grundstückskörper in der Regel sein eigenes folium unter einer laufenden Nummer in dem öffentlichen Buche angewiesen erhält.

Jedes Folium zerfällt wieder in drei Rubriken:

a. die erste Rubrik oder die **Rubrik der Sache**, ist dazu bestimmt, das Grundstück mit seinen Beistücken unter Angabe der natürlichen Eigenschaften beider, z. B. als Hausgrundstück, Hufengut, Wiese, Wald u. s. f., und mit Beifügung der Flurbuchs- resp. Brandcatasternummer, aufzunehmen. Daneben müssen auch diejenigen recht-

lichen Eigenschaften des Grundstückes angegeben werden, welche eine Beschränkung des jedesmaligen Eigenthümers in der freien Verfügung über dasselbe zur Folge haben (wie z. B. die Erbzinsqualität, Eigenschaft als Familienanwartschaft etc.), ferner die auf dem Grundstücke haftenden Reallasten, soweit dieselben nicht ausnahmsweise der dritten Rubrik zugewiesen sind (s. unten c.), ferner die einem Andern etwa eingeräumten Rechte zum Abbau von Fossilien oder etwaige zu Gunsten eines Andern bestellten Bau- und Kellerrechte am Grundstücke; umgekehrt kann auf Verlangen des Eigenthümers zugleich ein mit dem Grundstücke erweislich verbundenes fruchtbringendes Recht hier noch mit aufgenommen werden (cf. Hypothekengesetz §. 15 verbunden mit der Gerichtsordnung §§. 114, 124.);

b. die zweite Rubrik, oder die des Eigenthümers enthält dessen Namen, und zwar bei städtischen Grundstücken immer, bei Grundstücken anderer Art nur soweit nöthig, unter Beifügung seines Standes und Gewerbes; ferner die Angabe des ihm zur Seite stehenden Erwerbsgrundes und, wenn dieser in einem Kaufe besteht, des Kaufpreises, weiter die sonstigen auf die Person des jeweiligen Eigenthümers sich beziehenden Verfügungsbeschränkungen, soweit sie in einem gerichtlichen Veräusserungsverbote oder in einem Rechtsgeschäfte ihren Grund haben, z. B. persönliche Dienstbarkeiten, Vor- und Wiederkaufsrechte u. s. f. (§§. 133 ff. der Gerichtsordnung);

c. in der dritten oder der Schuldenrubrik finden alle auf dem Grundstücke versicherten Forderungen und von den Reallasten diejenigen ihren Platz, welche bloss in aufhaftenden Auszugsrechten und den diesen gleichgestellten Befugnissen bestehen. Endlich sind auch

d. in jeder dieser drei Rubriken, von denen die ersten beiden auch als Grundbuch, die dritte dagegen als Hypothekenbuch von unseren Gesetzen besonders bezeich-

net zu werden pflegen, die betreffs der ihnen zugewiesenen Gegenstände im Laufe der Zeit sich ereignenden Veränderungen regelmässig nachzutragen. Ueber die sonstige äussere Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher und die auf deren Haltung bezüglichen Vorschriften sind zu vgl. §§. 84 ff. der Gerichtsordnung.

Dabei gelten folgende Hauptgrundsätze:

I. Mit wenigen Ausnahmen (wohin z. B. schon früher die Grunddienstbarkeiten, jetzt auch die persönlichen Servituten gehören) kann kein dingliches Recht am Grundstücke anders, als im Wege der Verlautbarung auf dem betreffenden Grund- und Hypothekenbuchsfolium zur Existenz gelangen; insbesondre ist der gegenwärtig allein in Frage stehende Erwerb des Eigenthums am Grundstücke jetzt ohne Unterschied (abgesehen von etwaigem Accessionserwerbe) an den Act der Einzeichnung des Namens des Erwerbers in die zweite Folienrubrik geknüpft. Namentlich soll die Uebergabe des Besitzes am Grundstücke nicht nebenher noch nöthig sein.

Die Confirmation der Veräusserungsverträge über Grundstücke, ingleichen die Beleihung mit vorheriger Lehensauflassung ist bei Allodialgrundstücken abgeschafft und nur bei wirklichen Lehensgrundstücken besteht die Lehensreichung neben der Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche fort (Hypothekengesetz §§. 2, 6, 12 verbunden mit B.G.B. §. 276).

II. Bis zu der Eintragung des neuen Erwerbers kann für diesen immer nur ein persönlich wirkender Rechtsgrund auf Erlangung des Eigenthums existiren, also da wo dieser Rechtsgrund auf einem Veräusserungsgeschäfte beruhet, nur ein gegen den jedesmaligen Mitcontrahenten verfolgbarer Anspruch auf Verschaffung des Eintrags (Hypothekengesetz §. 4 verbunden mit B.G.B. §. 277). Sogar der Erbe des bisherigen Eigenthümers

bedarf danach jetzt in der Regel der Eintragung, um als wirklicher Eigenthümer gelten zu können. Nur in gewissen, schon von dem Hypothekengesetze (§§. 172 ff.) vorgesehenen Fällen treten Ausnahmen ein, wenn nämlich der Erbe das Nachlassgrundstück ohne neue Belastungen weiter veräussern will, oder wenn der Erblasser dasselbe letztwillig einem Dritten, resp. beim Vorhandensein einer Mehrzahl von Erben Einem oder Einzelnen unter ihnen unmittelbar zugewendet hat. Hier kann, von einem sogenannten Zwischenbesitzereintrage abgesehen, vielmehr sofort der Dritte, resp. der Einzelerbe eingetragen werden, jedoch haben die Erben auch in diesen Fällen spätestens binnen Jahresfrist für Berichtigung des Besitztitels Sorge zu tragen (§§. 277, 2286 des B.G.B. verbunden mit Gerichtsordnung §. 197).

III. Schon nach dem Hypothekengesetze §. 28 sollte gegen ein im Grund- und Hypothekenbuche eingetragenes Recht eine Verjährung weder angefangen, noch vollendet werden können. Bei der Allgemeinheit dieser Vorschrift hatte man dieselbe nicht bloss auf die erlöschende Verjährung, sondern namentlich auch auf die Eigenthumsersitzung zu beziehen, womit zugleich die Möglichkeit verneint war, als könne ein durch rechtsverwährte Zeit hindurch fortgesetzter Usucapionsbesitz wenigstens noch einen gegen den eingetragenen Eigenthümer erzwingbaren Rechtsgrund auf Eintragung gewähren. Letztere Wirkung konnte vielmehr lediglich einer noch vor Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuches, beziehentlich des einzelnen Grundstücksfolii bereits vollendeten Ersitzung und zwar auch nur so lange beigelegt werden, als nicht das weiter unten (§. 61, II.) zu erwähnende Princip der Publicität dazwischen trat. Die scheinbar widersprechende Bestimmung in der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844, §. 1 kam hiergegen nicht in Betracht, da sie nur eine dem nicht eingetragenen Besitzer in einem gegebenen

singulären Falle behufs der Erlangung des Eintrags zu Statten kommende Beweisergänzung bezweckte.

Noch zweifelloser schliesst das bürgerliche Gesetzbuch in §. 279 die Eigenthumsersitzung bei Grundstücken aus.

Aus dem Gesagten folgt:

IV. dass man schon bisher rücksichtlich der im Grundbuche eingetragenen Immobilien ein natürliches Eigenthum in dem früheren Sinne neben dem bürgerlichen nicht weiter zu statuiren hatte. Denn abgesehen davon, dass die Besitzübertragung für den Eigenthumserwerb ausdrücklich als bedeutungslos erklärt worden ist (cf. ob. sub I.), so ergab sich solches auch daraus, dass das Hypothekengesetz im §. 4 neben dem „bürgerlichen Eigenthume" nur einen persönlichen Rechtstitel auf Eintrag (cf. ob. sub II.), nicht aber ein drittes zwischen beiden stehendes Rechtsverhältniss unterschied, sowie endlich daraus, dass mit der Möglichkeit einer conditio usucapiendi auf Seiten des Naturalbesitzers (siehe oben unter III.) die wesentliche Grundlage des früheren Naturaleigenthumes weggefallen war. — Wenn man dem ungeachtet auch nach der Einführung der Grund- und Hypothekenbücher den im vorigen Paragraph a. E gedachten Grundsatz beibehalten hat, dass einem Käufer, der das verkaufte Grundstück von dem später in Concurs verfallenen Verkäufer aussergerichtlich gegen Gewährung oder Creditirung des Kaufpreises übergeben erhalten habe, selbst gegen die Gläubigerschaft seines Verkäufers eine wirksame Klage auf Geschehenlassen der Umschreibung des Grundstücks auf seinen Namen zustehe, so ist hierin nicht das Anerkenntniss eines dem Käufer in diesem Falle noch zur Seite stehenden Naturaleigenthums zu erblicken, sondern es ist jener Grundsatz nur auf die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. X S. 190 und Wochenblatt v. 1860, S. 386 ff. angedeuteten Zweckmässigkeitsgründe fortan zurückzuführen (cf. v. Langenn in d. Ann. A. F Bd. I. S. 403 ff.).

V. Nach dem Hypothekengesetze §. 153 sollten die Staatsgüter, die geistlichen Güter und Gemeindegrundstücke in der Regel eines Foliums im Grund- und Hypothekenbuche nicht bedürfen. Vielmehr trat für sie die Nothwendigkeit der Anlegung eines solchen erst dann ein, wenn Hypotheken oder andere des Eintrags schlechthin bedürftige jura in re, z. B. Reallasten, an ihnen bestanden, resp. neu bestellt werden sollten. So lange sie aber im einzelnen Falle ein Folium nicht erhalten hatten, galt rücksichtlich ihrer betreffs des Eigenthumserwerbes durchaus noch das ältere Recht mit allen seinen Consequenzen, vgl. oben §. 58.

Das Gesetzbuch stellt nun zwar in §. 276 das Ingrossationsprincip auch für den Eigenthumserwerb als ausnahmslose Regel hin; gleichwohl wurde dieses Princip durch §. 7 der A.V.O. insofern wieder alterirt, als es darnach rücksichtlich der geistlichen Güter und Gemeindegrundstücke wieder von dem jedesmaligen Antrage des Eigenthümers abhängig gemacht wurde, ob rücksichtlich ihrer ein Folium angelegt werden sollte oder nicht, während rücksichtlich der Staatsgüter überhaupt erst noch besondere Anordnung daselbst in Aussicht gestellt wurde. Gleichwohl ist hiermit nicht gesagt, dass in Ansehung der gedachten juristischen Personen (Staat, Kirche, Gemeinde) die Vorschriften des Gesetzbuchs über Eigenthumserwerb an Immobilien überhaupt noch nicht als in Kraft bestehend anzusehen seien, und es würde namentlich z B. dann, wenn eine Stadtgemeinde ein Grundstück jetzt an den Staat veräussern sollte (oder umgekehrt), dieser letztere das Eigenthum daran nunmehr gleichfalls nicht anders als durch Eintrag auf dem zu diesem Zwecke nach Befinden neu anzulegenden Folium erlangen können. Ueber das insoweit abweichende zeitherige Recht zu vgl. Verordnung des Justizministeriums, abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Bd. XXI. S. 472 ff.

Uebrigens sind auch in neuester Zeit die Mehrzahl dieser exemten Grundstücke entweder wirklich bereits mit Folien versehen, oder doch in der Folienanlegung begriffen (zu vgl. Verordnungen vom 4. August 1866, vom 13. November 1867 und vom 16. September 1868).

VI. Gleich den Grundstücken selbst und den ihnen insoweit gleichstehenden Schiffmühlen können auch nach §. 14 des Gesetzes von 1843 verbunden mit §§. 59, 280, 495 des B.G.B. gewisse für sich bestehende fruchtbringende Rechte mit Genehmigung des Justizministeriums ein selbständiges Folium im Grundbuche angewiesen erhalten, welchenfalls sie rücksichtlich ihrer Erwerbung den Immobilien ganz gleichstehen sollen (s. oben §. 26 no. 2).

Dies war z. B. häufig der Fall mit den durch das Gewerbegesetz vom 15. October 1861 in Verbindung mit dem Separatgesetze vom gleichen Tage zum grossen Theile aufgehobenen Rechten zum (resp. ausschliesslichen) Betriebe eines gewissen Gewerbes. Ebenso galt solches rücksichtlich der Zehntrechte; ferner konnte und kann ein Bau- uud Kellerrecht (Superficiarrecht) dergestalt mit besonderem Folium versehen werden (zu vgl. das Nähere unten am Schlusse der Servitutenlehre). Nach einer Verordnung des Justizministeriums vom 31. Mai 1855 sind hieher auch die Kohlenabbaurechte zu rechnen, die ein Dritter von dem Eigenthümer des kohlenhaltigen Grundstückes erwirbt. So lange die erforderliche Genehmigung des Ministeriums in dem einzelnen Falle jedoch noch nicht vorliegt, sind dergleichen Kohlenabbaurechte in der ersten Rubrik als mit der Sache zusammenhängende Dispositionsbeschränkungen des jedesmaligen Eigenthümers zu verlautbaren (s. oben sub A.), wegen der Steinkohlenlager und der unterirdisch abzubauenden Braun- und Erdkohlen schloss sich dieses an die Vorschrift des Mandates vom 10. September 1822 an;

das Gleiche nahm man aber auch von dem Rechte zum Abbau anderer Fossilien an (Zu vergl. Verord. des Justizministeriums, abgedruckt im Wochenbl. 1861, S. 455 ff. und Gerichtsord. §§. 108 und 124.).

§. 60. Dismembration und Consolidation.

Das Grundbuch stützt sich, soviel die Bezeichnung der in ihm einzutragenden Grundstücke anlangt, auf die bei uns bestehende Flurbuchseinrichtung. Obwohl zunächst nur im Interesse unseres Grundsteuersystems getroffen, erschien dieselbe doch zur Erreichung des gedachten Zweckes um so mehr geeignet, als das fast gleichzeitig eingeführte neue Grundsteuersystem (Gesetz vom 9. September 1843, die Einführung des neuen Grundsteuersystems betreff.) die Vermessung und Einschätzung des gesammten steuerbaren Grundes und Bodens nach Einzelparzellen unter laufender Nummerbezeichnung erforderlich gemacht hatte. Indessen wird durch die Beziehung des Grundbuches auf die einzelnen Flurbuchsnummern immer nur die Existenz der betreffenden Parcelle im Allgemeinen, nicht aber die im Flurbuche angegebene Grösse und sonstige Beschaffenheit gewährleistet, wie denn auch bei privatrechtlichen Grenzirrungen die durch die allgemeinen Landesvermessungen erfolgten Feststellungen keineswegs unbedingt den Ausschlag geben, sondern dem Ergebnisse des strengen civilprocessualen Beweises eintretenden Falles weichen müssen (Gerichtsord. §. 126); und höchstens kann darauf eine bis zum Beweise eines Andern streitende Vermuthung der Richtigkeit der Situationsangaben im einzelnen Falle begründet werden (cf. Annalen des O.A.G. N. F. Bd. II. S. 325 ff.). Dabei sind die der alten Steuerverfassung zu Grunde liegenden Begriffe der sogenannten „geschlossenen Güter“ und der „walzenden Grundstücke“ von unserer Grund- und Hypothekengesetzgebung wenigstens in gewissem Sinne beibehalten worden. Mit dem

Begriffe der geschlossenen Güter nämlich, d. h. der in dem Normaljahre 1628 mit einem gemeinschaftlichen Steuerschockquantum belegten grösseren Grundstückscomplexe verband sich schon früherhin insofern eine nicht unwesentliche privatrechtliche Bedeutung, insofern als diese in der Regel nur ungetrennt veräussert werden durften, und die auf ihnen ruhenden civilrechtlichen Lasten und Leistungen immer von selbst den Gesammtcomplex afficirten, während die sogenannten walzenden, d. h. die mit einer eigenen Steuerschockzahl eingeschätzten Einzelgrundstücke auch im Privatrechtsverkehre als selbständige Rechtsobjecte behandelt wurden, und einer Dismembrationsbeschränkung nicht unterworfen waren. Seit 1843, wo jene frühere Basis der Steuerverfassung zwar verlassen wurde, gleichwohl die privatrechtliche Wichtigkeit obiger Begriffe grossentheils dieselbe blieb, bildet die bei Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher vorhandene Gemeinsamkeit des Grundbuchfoliums in der Regel das entscheidende Merkmal für die juristische Zusammengehörigkeit der unter verschiedenen Flurbuchsnummern vermessenen Bestandtheile eines einheitlichen Grundstückskörpers. Die auf diese Weise dauernd unter sich rechtlich verbundenen einzelnen Flurparcellen bezeichnete das Hypothekengesetz mit dem technischen Namen „Zubehörungen“ oder „Pertinenzstücken“ und setzte ihnen fortdauernd die walzenden Grundstücke als diejenigen Einzelparcellen entgegen, die in der Regel ein besonderes Folium für sich zu erhalten haben sollten. Die Gerichtsordnung §. 124 bedient sich unter Beibehaltung des letzteren Ausdrucks für den ersteren Begriff ausschliesslich des Ausdruckes „Zubehörungen“.

Hieraus ergeben sich die Begriffe der Dismembration (Abtrennung) und Consolidation (Hinzuschlagung) von Grundstücken.

A. Dismembration, d. h. Abtrennung eines Thei-

les des auf einem Folium derart eingetragenen Arealbestandes kann bei beiden Arten von Grundstücken vorkommen. Bei ihr kommt theils das rein privatrechtliche Interesse der auf dem zu zertrennenden Areale versicherten hypothekarischen Gläubiger, und nur dieser, nicht z. B. der Reallastengläubiger, theils das öffentliche rechtliche Interesse insofern in Frage, als einer zu grossen Grundstückszersplitterung entgegengetreten werden soll. Das Interesse der Gläubiger macht sich gleichmässig in allen Fällen geltend, weshalb auch ihre Einwilligung die regelmässige Vorbedingung für die Zulässigkeit von Dismembrationen jeder Art bildet (Zu vergl. darüber das Nähere im Hypothekenrechte.). Dagegen sollen aus Gründen des öffentlichen Rechts nach dem Gesetze vom 30. November 1843 „die Theilbarkeit des Grundeigenthums betr.“ §. 2. nur noch die ländlichen geschlossenen Güter in Bezug auf Dismembration einer gewissen Beschränkung unterliegen, d. h. es darf von ihnen auf einmal oder auch nach und nach nur soviel abgetrennt werden, dass mindestens zwei Drittheile der zur Zeit der Erlassung des nur erwähnten Gesetzes auf dem Gesammtcomplexe haftenden Steuereinheiten beim Stammgute zurückbleiben, während der Zertrennung der walzenden, sowie sämmtlicher städtischen Grundstücke von dieser Seite her ein Hinderniss nicht entgegensteht und selbst bei ländlichen Complexen kann zu einer obiges Mass überschreitenden Dismembration ausnahmsweise Dispensation ertheilt werden (vergl. Verordnungen vom 13. September 1844, die Hinzuschlagung walzender Grundstücke etc. betr. und vom 26. Februar 1853, die Beschränkungen der gesetzlichen Dismembrationsfreiheit betr.).

B. Consolidation oder Hinzuschlagung, d. h. hier die Vereinigung zweier oder mehrerer bisher getrennt gehaltener Grundstücke resp. Grundstückstheile auf einem Grundbuchsfolium in der Weise, dass die zu vereinigen-

den Flurbuchsparcellen in das oben gedachte Zubehörigkeitsverhältniss zu einander treten, steht regelmässig jedem Eigenthümer resp. neuen Erwerber frei. Die auf dem einen oder andern der zu vereinigenden Grundstücke haftenden Schulden erstrecken sich nunmehr über den gesammten auf diese Weise gebildeten Complex; nur wenn die zu consolidirenden Grundstücke verschiedenen Hypothekenbehörden ihrer Lage nach unterfallen, so bedarf es deren Einwilligung und ebenso ist die Zusammenschlagung zweier mit Wohnsitz versehener ländlicher Güter nur mit Genehmigung der Oberbehörde — jetzt des betreffenden Bezirksappellationsgerichts — soweit aber Rittergüter in Frage kommen, der betreffenden Lehnscurien möglich. Auch ist der Regel nach erforderlich, dass von den zu consolidirenden Grundstücken wenigstens das eine schuldenfrei sei, oder dass andernfalls die auf dem einen fundus versicherten Gläubiger den auf dem andern bereits eingetragenen Schulden nachtreten zu wollen erklären (B.G.B. §§. 422, 423). Ueber den Unterschied der Hinzuschlagung im obigen technischen Sinne von der Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einer blossen Gesammtsache ist zu vergl. §. 64 des B.G.B. verb. mit §. 206 der Gerichtsordnung und Hypothekengesetz §. 154 und dazu Siegmann in Siebenhaar's Comm. zum B.G.B. Bd. III. S. 439.

§. 61. Von der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches und dem sog. Princip der Publicität.

I. Nicht Jedem steht die Einsicht des Grund- und Hypothekenbuches frei, vielmehr ist das Recht hierzu (nach §§. 96 ff. der Gerichtsordnung und Hypothekenges. §. 21) in der Regel von der Einwilligung des in die Besitzerrubrik eingetragenen Berechtigten (des Folieninhabers) abhängig, indessen giebt es weitgreifende Ausnahmen hiervon. Abgesehen nämlich von dem Befugnisse gewisser

öffentlicher Behörden (früher auch der Gerichtsherren) bedürfen auch folgende Privatpersonen jener Einwilligung nicht:

a. diejenigen, für welche auf dem betreffenden Folium eine Forderung, Reallast oder Dispositionsbeschränkung eingetragen steht;

b. andere Personen, wenn und insoweit sie wegen eines mit dem Folieninhaber resp. mit einem eingetragenen sonstigen Berechtigten bereits bestehenden oder auch erst einzugehenden Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme glaubhaft nachweisen.

II. Mit dieser ohnehin nur beschränkten Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches steht das sogenannte Princip der Publicität nur in mittelbarem Zusammenhange. Es handelt sich bei ihm nämlich um die den einzelnen richterlichen Einträgen, dafern sie nur sonst äusserlich formrichtig sind, nach aussen hin, d. h. dritten Personen gegenüber, beizulegenden Rechtswirkungen, und man versteht darunter den Grundsatz, wonach derjenige, welcher den ordnungsmässigen Eintrag eines Rechtes im Grund- und Hypothekenbuche erlangt hat, dritten Personen gegenüber verlangen darf, dass der Umfang und die Modalität des ihm durch den Eintrag zugeschriebenen Rechtes nach diesem Eintrage und den zur Zeit seiner Verlautbarung vorhanden gewesenen sonstigen Einträgen beurtheilt werde.

Hiernach will das Gesetz das einmal zum Eintrage gelangte Recht, welches im Vertrauen auf das Grund- und Hypothekenbuch erworben wurde, gegen alle Angriffe dritter Personen geschützt wissen, die auf Thatsachen beruhen, welche sich zur Zeit der Eintrags des angefochtenen Rechtes aus dem Grund- und Hypothekenbuche nicht ersehen liessen, soweit diese Thatsachen zu denen gehören, welche, um überhaupt oder gegen gewisse Personen wirksam wer-

den zu können, nach gesetzlicher Vorschrift der Verlautbarung in dem öffentlichen Buche bedurft hätten.

Im Allgemeinen liegt hierin zwar nur eine Anwendung des schon gemeinrechtlichen Satzes, dass ein bloss persönlicher Anspruch auf die Sache dem dinglichen Rechte weichen müsse, welches ein mit dem persönlich Berechtigten nicht im Obligationsnexus stehender Dritter an der Sache erwarb. Dem Resultate nach deckt sich aber dieser Satz mit unserem heutigen Publicitätsprincipe schon deshalb nicht, weil vermöge des Ingrossationssystems eine nicht unbeträchtliche Zahl von Rechtsverhältnissen, die nach gemeinem Rechte mit dinglicher Klage geschützt gewesen wären, gegenwärtig, sobald sie im Grundbuche nicht verlautbart sind, bloss als persönliche Ansprüche noch in Betracht kommen können, und umgekehrt bietet auch das Grund- und Hypothekenbuch ein bequemes Mittel dar, gewisse auf das Grundstück bezügliche, an sich rein obligatorische Rechtsverhältnisse durch einen entsprechenden Eintrag auf das Folium des Grundstückes kundbar zu machen; und insofern durch einen derartigen Eintrag, wo er gesetzlich gestattet ist, eine auch von jedem künftigen Erwerber des Grundstückes zu beachtende Verfügungsbeschränkung begründet wird, erlangen jene Rechtsverhältnisse trotz ihrer an sich nur obligatorischen Natur eine dem gemeinen Rechte unbekannte, dinglichen Rechten fast gleichkommende Wirksamkeit (z. B. Vor- und Wiederkaufsrecht §§. 1124 und 1134 des B.G.B.; Pacht- und Miethrechte §. 1224 des B.G.B. verb. mit §. 114 unter no. 5 der Gerichtsordnung). Zu beachten ist jedoch:

1. dass die Vortheile des Publicitätsprincipes dem eingetragenen Berechtigten immer nur solchen Personen gegenüber zu Statten kommen können, welchen er als Dritter gegenüber steht, während, wenn die wider ihn geltend zu machende Thatsache einem ihn persönlich verpflichtenden Rechtsverhältnisse entlehnt ist, diese Thatsache die

ihr an sich zukommende rechtliche Wirksamkeit im Verhältnisse zu dem solchergestalt obligatorisch mit ihm Verbundenen trotz des erlangten Eintrags fort und fort behält, und sie erst gegenüber einem von dem zunächst Eingetragenen causam habenden dritten Berechtigten eintretenden Falles verlieren würde. Deshalb kann auch der Eingetragene einen aus der Person seines Rechtsvorgängers abgeleiteten Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund dann nicht von sich abweisen, wenn er zu diesem in dem Verhältnisse des Universalsuccessors, also eines gleichzeitigen Schuldnachfolgers steht.

2. Selbst ein blosser Singularnachfolger aber soll nach §. 278 des B.G.B. einen zur Zeit seiner Eintragung aus dem Grund- und Hypothekenbuche nicht zu ersehen gewesenen Nichtigkeits- resp. Anfechtungsgrund, welcher seinem Auctor entgegenstand, dennoch dann gegen sich gelten zu lassen haben, sich also insoweit nicht mit Erfolg auf das Princip der Publicität berufen können, wenn er sich zur Zeit seines Eintrages in dolo befand, d. h. hier, wenn er von dem dem Eintrage seines Auctor entgegenstehenden Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrunde erweislich Wissenschaft gehabt hat, so dass die Vortheile des gedachten Principes nur dem gutgläubigen Dritten zur Seite treten; ferner steht

3. dem zur Zeit nur persönlich auf die Sache Berechtigten in der Verwahrung (Protestation) ein wirksames Mittel zu Gebote, um sich gegen die aus dem Publicitätsprincipe ihm drohenden Nachtheile sicher zu stellen. Dieselbe besteht in der hier fraglichen Beziehung in einem im Grund- und Hypothekenbuche zu verlautbarenden Widerspruche gegen solche Verfügungen über das Grundstück seiten des dermalen eingetragenen Eigenthümers, welche der dereinstigen Realisirbarkeit des persönlichen Anspruches des Protestirenden durch Dazwischentreten des einem Dritten an der Sache einzuräumenden dinglichen

Rechtes entgegenstehen würden. Die einer solchen Verwahrung zuwider vorgenommenen späteren Einträge sind dem Ausbringer der Protestation gegenüber wirkungslos.

Behufs der Erwirkung eines derartigen Verwahrungseintrages bedarf es nur der Bescheinigung der Existenz des sicher zu stellenden Anspruches, also namentlich nicht daneben noch des Nachweises einer besonderen Gefährdung, da die Möglichkeit einer solchen hier in der Sache liegt.

Indessen schützen dergleichen Protestationen immer nur gegen freiwillige Verfügungen seiten des dermaligen Besitzers oder Eigenthümers, nicht aber gegen Acte nothwendiger Veräusserung, wie z. B. nothwendiger Subhastation des Grundstücks oder Hülfsvollstreckung in dasselbe (zu vergl. §. 143 des B.G.B. verb. mit der Gerichtsordnung §. 218 jct. §§. 119, 154 und 165).

Der Zweck derartiger conservatorischer oder provisorischer Einträge bringt es übrigens von selbst mit sich, dass dieselben dann nicht zulässig sind, wenn dem Antragsteller ein anderes wirksameres Sicherungsmittel offen steht, also namentlich dann nicht, wenn der ihm zur Seite stehende persönliche Rechtsgrund zur Erwirkung eines sofortigen definitiven Eintrags in dem Grund- und Hypothekenbuche reif und geeignet ist (was z. B. bei schwebender Bedingung nicht der Fall ist).

Zusatz. Verschieden von dieser Art der Protestation ist eine zweite Gattung, deren das Hypothekengesetz im §. 148 und die Gerichtsordnung im §. 219 gedenkt. Sie bezweckt nur im Allgemeinen durch Arrestirung des Grundstückes ein dereinstiges Executionsobject für eine noch nicht executionsreife Geldforderung, welche dem protestirenden Gläubiger gegen den eingetragenen Berechtigten zusteht, oder auch ein etwaiges Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger im Voraus sicher zu stellen.

Es leiden auf sie im Allgemeinen die nämlichen Grund-

sätze Anwendung, welche insoweit schon vor dem Erscheinen des Hypothekengesetzes nach der Verordnung der vormaligen Landesregierung vom 15. März 1821 galten. Darnach bedarf es bei ihnen ausser der Bescheinigung der sicher zu stellenden Forderung selbst auch noch des Nachweises einer in der jeweiligen Vermögens lage des Schuldners begründeten speciellen Gefahr des Verlustes, d. h. in der Regel der sogenannten Bescheinigung des Nahrungsabfalles, neben welchem jedoch die Gerichtsordnung a. a. O. auch noch die Bescheinigung einer zu befürchtenden sonstigen Erschwerung der Rechtsverfolgung als gleichgeltend zulässt.

Litteratur: zu den vorangehenden §§. 55—57: Haubold, Lehrb. §§. 186ff.; zu dem Hypothekengesetze Heyne, Commentar zum Grund- und Hypothekengesetze, II Bde. 1845, 1846; Siegmann, das Kgl. Sächsische Grund- und Hypothekenrecht, Leipzig 1861; über die Protestationen: Siegmann, in Annalen des Kgl. O.A.G. N. F. Bd. I. S. 145 ff. — v. Wächter, Ordinariats-Programm von 1867: Das Superficiar- oder Platz-Recht.

§. 62. Von dem Accessionserwerbe bei Immobilien.

Der Eigenthumserwerb an Accessionen einer unbeweglichen Sache unterliegt nicht dem Ingrossationssysteme, und ist somit nicht von dem Grundbuchs-Eintrage bedingt, vielmehr geht derselbe in allen Fällen ipso jure vor sich, und wenn in Folge dessen der in dem Grundbuche dermalen eingetragene Bestand des fundus einen wesentlichen Zuwachs erhalten sollte, würde die eingetretene Veränderung der Vollständigkeit halber in der ersten Rubrik nach Befinden nachzutragen sein, wie solches z. B. die Ausführungsverord. zum Hypothekengesetze vom 15. Febr. 1844 §. 6 Abs. 2 für den Fall anordnet, wenn durch die Aufführung eines Wohngebäudes auf dem im Grundbuche bereits eingetragenen Immobile eine neue Nahrung ent-

steht, und wie solches auch jetzt das Gesetzbuch §. 283 a. E. vorbehält.

Im Uebrigen behandelt das Gesetzbuch:

A. die sogenannten Flussaccessionen gemeinschaftlich in §§. 281—283, während es

B. die sonstigen Fälle der Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen in §§. 284—287 zusammenstellt.

Zu A. weicht unser zeitheriges Recht von dem gemeinen Rechte, mit welchem übrigens auch Sachsenspiegel II. 56 im Wesentlichen übereinstimmt, insofern ab, als schon eine Anzahl älterer Gesetze aus den Jahren 1563, (Rescr. und Befehl vom 7. December 1563), 1607 (Befehl vom 30. August 1607), 1608 (Befehl vom 4. Juni 1608), 1676 (Rescript vom 25. September 1676) u. s. f. dem Landesherrn ausdrücklich das Recht wahren, die sich in der Elbe und Mulde bildenden Häger und Werder mit Ausschluss der Adjacenten sich allein zuzueignen. In der Elbstromufer- und Dammordnung vom 7. August 1819 §. 13 wird solches von den Elbhägern ausdrücklich wiederholt und gemäss der Schlussworte des §. 14, wonach die Bestimmungen der Ufer- und Dammordnung auch auf die kleineren Flüsse des Königreiches anzuwenden sein sollen, erstreckt man jenen Satz auf alle Inseln, die sich in den fünf sogenannten „öffentlichen Flüssen" Sachsens bilden.

Dabei behielten aber jene älteren Landesgesetze insofern immer noch practische Wichtigkeit, als sich in ihnen der Grundsatz anerkannt fand, dass es rücksichtlich des avulsum und der aluvio selbst bei den öffentlichen Flüssen bei den Vorschriften des gemeinen Rechtes zu bewenden haben solle. Von den §§. 281, 282 des B.G.B. ist ungeachtet ihrer scheinbar entgegenstehenden Fassung bis auf Weiteres noch nicht anzunehmen, dass durch sie das bestehende Recht zum Nachtheile des Fiscus habe

abgeändert werden sollen. Aus den Motiven S. 670 ersieht man nämlich, dass man unter den Flüssen, deren Bett sich nicht im Privateigenthume befindet, keineswegs die öffentlichen Flüsse in unserer obigen particularrechtlichen Bedeutung zu verstehen habe, sondern dass jene Paragraphen auf eine erst noch zu erwartende, umfassende, neue Wassergesetzgebung berechnet seien, durch welche der Begriff des flumen publicum möglicherweise anders festgestellt werden könnte, als bisher. Für jetzt erscheint daher der Eigenthumserwerb des Fiscus an der insula in flumine publico nata mit Rücksicht auf das dem Staate nach zeitheriger Auffassung an den fünf öffentlichen Flüssen Sachsens zugeschriebene Eigenthum fortdauernd gesichert, was dann freilich an sich auch den Eigenthumserwerb des Staatsfiscus an dem alveus derelictus bei einem dieser öffentlichen Flüsse begründet erscheinen lassen müsste, während gleichwohl die älteren, wie neueren Sächsischen Rechtslehrer dem Fiscus hier das Eigenthum abzusprechen scheinen, vielmehr insoweit das gemeine Recht als fortgeltend behandeln*) (zu vgl. z. B. Curtius, Handbuch §. 525 bei Not. a. b. — Haubold, Lehrbuch §. 231 not. d.).

Zu B. Die hier zusammen gefassten Fälle sind die

*) Die im Texte gegebene auf dem Hefte des letzten Quartals vom Wintersemester 1867 zu 1868 beruhende Ansicht durch die oben im §. 25, Seite 90 enthaltene (ungefähr aus dem Monate November 1868 stammende neuere) Darstellung für überwunden und erledigt zu erachten, hielt man sich um so weniger für berechtigt, als wenigstens die Zuweisung der in der Elbe enthaltenen Mittelhäger an den Fiscus nach §. 13 der Elbstrom-Ufer- und Damm-Ordnung vom 7. August 1819 dem öffentlichen Verkehrs- und Schifffahrtsinteresse zuzuschreiben ist und mit dem reglementären Gebote ihrer schleunigen Vernichtung in engster Verbindung steht. Diesen öffentlich rechtlichen Anordnungen dürfte durch §§. 281 und 282 des B.G.B. laut §. 3 unter 1 der P.V.O. und unbeschadet des in dem nämlichen Paragraphen jener Verordnung unter 5, d Gesagten kein Abbruch geschehen können.

gemeinrechtlichen der inaedificatió, satio und implantatio. Bei ihnen gilt nach §§. 284 ff. des B.G.B. im Allgemeinen der Grundsatz, dass der Erwerb des Eigenthums an den mit unserem Immobile verbundenen fremden beweglichen Sachen für uns dann eintreten solle, wenn die fremde Sache durch ihre Verbindung wirklicher Bestandtheil des Immobile geworden sei. Bei dem Einbauen soll dies mit dem Augenblicke der wirklichen Verwendung des fremden Baumaterials in unser Gebäude, beim Besäen und Bepflanzen aber dann angenommen werden, wenn die Handlung des Säens vollendet, resp. die eingesetzte Pflanze in unserem Boden Wurzel geschlagen habe, ohne dass also hier überall auf das oben §. 55, II. a. S. 199 gedachte Merkmal der Untrennbarkeit der Verbindung ein entscheidendes Gewicht zu legen wäre. Dabei ist jedoch noch darauf aufmerksam zu machen (im Vergleiche zu dem hierin abweichenden gemeinen Rechte, Windscheid, Lehrb. des Pandectenrechts, 2. Aufl. Bd. I., §. 188 bei not. 9, 10 verbunden mit §. 189 not. 4 S. 532 u. 534.),

1. dass in allen diesen Fällen das solchergestalt begründete neue Eigenthum nicht als ein bloss widerrufliches erscheint, sondern auch nach Wiederaufhebung der den Eigenthumserwerb vermittelnden Verbindung fortdauert, namentlich also auch von einem Wiederaufleben der rei vindicatio wegen der eingebauten Materialien nach ihrer Loslösung von dem Gebäude künftig nicht weiter die Rede sein kann. Die Vorschrift in §. 311 des B.G.B. steht dem nicht entgegen, da dieselbe nur von dem Falle zu verstehen ist, wo die Verbindung der beweglichen Sache mit der unbeweglichen ihrer jeweiligen Beschaffenheit nach eine Eigenthumsveränderung nicht zur Folge gehabt hat;

2. dass, wie nach gemeinem Rechte zwar für den Eigenthumserwerb nichts darauf ankommt, ob es der Grundeigenthümer selbst war, welcher die Verbindung — sei es bona sei es mala fide — vornahm oder nicht,

und dass in beiden Fällen die vorhandene bona oder mala fides des Verbindenden nur auf den Umfang, resp. selbst auf die Existenz eines Ersatzanspruches Einfluss äussere. Jedoch ist diese Ersatzfrage insofern anders regulirt, als der gutgläubige Grundeigenthümer höchstens nur bis zur Bereicherung haftet, der bösgläubige aber vollen Ersatz zu leisten hat (§. 287 des B.G.B.), was freilich die Möglichkeit einer nach Befinden weiter gehenden actio ex lege Aquilia in unserem heutigen Sinne bei sonst gegebenen Voraussetzungen nicht ausschliessen wird.

Ueber die Fälle der Verbindung seiten eines bonae oder malae fidei possessor eines fremden Grundstückes und die diesem nach Befinden zur Seite stehende Ersatzforderung giebt §. 316 des B.G.B. insofern Aufschluss, als es darnach auf die Nothwendigkeit, resp. Nützlichkeit der Verwendung für den Grundeigenthümer ankommen soll, ob er überhaupt Ersatz zu beanspruchen habe, oder nur auf ein blosses jus tollendi beschränkt sein solle. Insoweit jedoch hierbei ein Ersatzanspruch auch dem malae fidei possessor zuerkannt wird, ist der erstere nicht mehr bloss, wie nach gemeinem Rechte, durch eine Retentionseinrede geschützt, sondern es steht dem Ersatzberechtigten nach §. 318 des B.G.B. diesfalls auch eine selbständige Klage künftig zu;

3. dass die Verbindung der beweglichen Sache mit der unbeweglichen, möge jene auch wirklich dadurch Bestandtheil der letzteren im obigen Sinne geworden sein, dennoch unter Umständen eine Eigenthumsveränderung nach §. 284 des B.G.B a. E. dann nicht hervorbringen soll, wenn sie nur vorübergehend von einem hierzu berechtigten Andern, z. B. dem Pachter, Miether, Usufructuar u. s. f. vorgenommen worden ist, während dieser Umstand nach der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht zwar nach Befinden auf die Ersatzfrage Einfluss äussert, aber nicht den Eigenthumserwerb auf Seiten des

Grundeigenthümers ausschliesst. Anscheinend hat man hierbei an die beispielsweise in l. 60 D. XLI. 1. erwähnten Fälle gedacht (cf. Windscheid, cit. §. 188, not. 8. — Sintenis, Civilrecht §. 50, not. 31 a. E.).

I. Abschnitt. Vom Verluste des Eigenthums.

§. 63.

Von den in diesem Abschnitte zusammengestellten Verlustgründen bedürfen nur folgende einer Besprechung:

I. In §. 289 des B.G.B. werden eingefangene wilde Thiere, sowie die zahmgemachten Thiere (letztere im Gegensatze zu den eigentlichen Hausthieren gedacht) insofern zwar gleichgestellt, als bei beiden Gattungen mit der Wiedererlangung ihrer natürlichen Freiheit der Eigenthumsverlust gleichmässig eintreten soll (§. 12. J. II., 1 —). Dies hindert jedoch nicht den Unterschied, der schon factisch zwischen beiden Arten von Thieren insofern besteht, als bei den zahmgemachten Thieren eine gewisse Zeit lang ein animus revertendi vorausgesetzt werden darf, im einzelnen concreten Falle dadurch auch künftig zur Geltung zu bringen, dass man bei Thieren der letzteren Art für die Annahme ihrer Rückkehr in die natürliche Freiheit regelmässig zwingendere Anzeichen erfordern wird, als bei den entlaufenen wilden Thieren der ersteren Art, eine Auffassung der Sache, welche schon der hier einschlagenden Stelle des Sächsischen Weichbildes (art. 119) zu Grunde liegen dürfte.

II. In §§. 293, 294 berührt das Gesetzbuch die Fälle der Dereliction an beweglichen und unbeweglichen Sachen; in ersterer Beziehung ist zu vergl. das oben §. 48, a. zu §. 211 des Gesetzbuchs Bemerkte. Anlangend dagegen die Dereliction von Grundstücken, so beschäftigt sich unser älteres Particularrecht vielfach mit diesem Gegenstande, indem eine Reihe von Gesetzen

anordnet, dass die sogenannten Wüstungen oder wüsten Güter, d. h. die von ihren Eigenthümern verlassenen und unbebaut liegen gebliebenen Grundstücke theils im Steuerinteresse, theils zum Zwecke der Tilgung der privatrechtlichen Grund- oder sonstigen Schulden des Eigenthümers subhastirt und beim Mangel von Bietungslustigen dem Gläubiger in solutum überwiesen, resp. demjenigen, der sich zu deren Wiederanbau erbieten würde, sogar unentgeltlich zugeschlagen werden sollen (zu vergl. die bei Haubold §. 180 not. a. angeführten älteren Gesetze. Ueber die verwandten Bestimmungen des Römischen Rechts beim ager desertus zu vergl. Windscheid, Lehrb. etc. §. 174 not. 5, Bd. I. S. 488).

Gegenwärtig hat diese Lehre zwar ihre practische Bedeutung ganz verloren (das Hypothekengesetz berührte sie deshalb gar nicht); gleichwohl konnte wenigstens die Möglichkeit einer Dereliction bei Immobilien vom Gesetzbuche nicht ausser Berücksichtigung gelassen werden und die Art, wie die Lehre in dessen §. 294 regulirt wird, entspricht ebenso sehr den hierbei in Betracht kommenden Forderungen des Ingrossationssystems, als andrerseits auch dadurch die Erreichung des Zweckes jener älteren Landesgesetze im Wesentlichen gesichert bleibt.

III. Mit dem in §. 292 des B.G.B. berührten pactum reservati dominii verband unser zeitheriges Recht bei Grundstücksveräusserungen, wenn der Vorbehalt erweislich nur zur Sicherstellung der Kaufgelder oder einer anderen Forderung gemacht worden war, noch in Uebereinstimmung mit der Ansicht einer Mehrzahl älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller, die Wirkung eines blossen Hypothekenvorbehaltes (Erl. Processord. ad. tit. XLII., 7. — Hypothekengesetz §. 32.).

Bei Veräusserungen von Mobilien dagegen hatte man seine Bedeutung an sich ganz nach den gemeinrechtlichen

Grundsätzen zu beurtheilen, indess wurde das pactum in diesem letzteren Falle erfahrungsmässig vielfach zur Umgehung einer anderen Vorschrift der Erläuterten Processordnung ad tit. XLIV, 2 wegen Ausschliessung des constituti possessorii beim Pfandvertrage benützt. Das Gesetzbuch hat es daher vorgezogen, Mobiliar- und Immobiliarveräusserungen insoweit gleichzustellen, d. h. es ist in beiden Fällen dem Eigenthumsvorbehalte, sobald er nur die Sicherstellung einer Forderung bezweckt, bloss noch pfandrechtliche Wirkung beizulegen, und zwar wird im Falle des Verkaufs der Sache der Verkäufer künftig umsomehr Veranlassung haben auf demgemässe pfandweise Sicherstellung des Kaufpreises Bedacht zu nehmen, weil §. 1094 des B.G.B. ihm die Sicherung entzieht, welche ihm das gemeine Recht durch gesetzliche Suspendirung des Eigenthumsüberganges an der verkauften Sache auf den Käufer bis zur erfolgten Kaufpreisberichtigung, abgesehen von dem Falle der Creditirung, zu Theil werden liess. Da jedoch unser heutiges Mobiliarpfandrecht, wie schon bisher, die thatsächliche Innehabung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger unbedingt erfordert, andrerseits die fragliche Vorschrift die Tradition der Sache und den dadurch bewirkten Eigenthumsübergang auf den Erwerber wegen der Unmöglichkeit eines Pfandrechts an eigener Sache offenbar voraussetzt, so wird sich selbst jene beschränktere Wirkung des pactum reservati dominii bei Mobilien in den gewöhnlichen Fällen allerdings nicht, sondern nur etwa in der Weise erreichen lassen, dass der Veräusserer bis zur Tilgung der sicher zu stellenden Forderung die Innehabung der Sache zwar zurückbehält, daneben aber den Erwerber durch ein mit diesem abzuschliessendes constitutum possessorium zum Besitzer der Sache macht. Verfolgt dagegen der Eigenthumsvorbehalt einen anderen Zweck, z. B. den, sich trotz des Abschlusses des Veräusserungsvertrags, resp. der nachfolgenden Ueber-

gabe, noch eine Zeit lang oder bis zu einem künftigen Ereignisse (also tempus certum oder incertum) die freie Disposition über die Sache vorzubehalten, so kann darin je nach Verschiedenheit der Fälle bald ein blosser dies, bald eine wirkliche Bedingung, und hier wieder bald eine auflösende, bald eine aufschiebende liegen. Im Falle des dies ad quem (Endtermin) oder der Resolutivbedingung tritt die Vorschrift des §. 291 des B.G.B. ein, für die Suspensivbedingung soll jedoch nach §. 292 des B.G.B. im Zweifel die Vermuthung streiten, und zwar erscheint solchenfalls nicht bloss der Eigenthumsübergang, sondern auch das zu Grunde liegende Veräusserungsgeschäft selbst in der Regel als bedingt. Soviel indess die Veräusserung von Immobilien in diesem Falle anlangt (d. h. wenn nicht Sicherstellung der Forderung der Zweck des Vorbehaltes war), so kann, da die Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch mit der Hinzufügung einer Suspensivbedingung sich natürlich nicht verträgt, obiger Satz nur so verstanden werden, dass nicht die Wirkung der Ueberschreibung im Grundbuche, sondern nur der ihr vorausgehende Vertrag als suspendirt zu betrachten sei, d. h. also derselbe während des Schwebens der Bedingung einen geeigneten Titel für Eintragung dem Erwerber überhaupt nicht gewähren solle.

IV. Ein auch künftig noch neben dem Gesetzbuche fortbestehender eigenthümlicher Fall des Eigenthumsverlustes nach Art. 306 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (vergl. unten §. 64) erscheint durch die allgemeine Vorschrift in §. 290 des B.G.B. vollständig gedeckt.

5. Abschnitt. Gerichtliche Verfolgung des Eigenthums.

§. 64. Eigenthumsklage.

I. Gegen jede als Vorenthaltung der Sache sich charakterisirende Verletzung seines Eigenthums steht dem Eigenthümer zunächst die Eigenthumsklage im technischen Sinne (rei vindicatio) zu (§. 295 des B.G.B). Zu Begründung seines Eigenthums hat der Kläger bei Immobilien nach dem oben §. 59, I. Gesagten einfach die Thatsache seines erfolgten Besitzereintrages auf dem betreffenden Grundbuchsfolium, also ohne dass es der Darlegung des diesem Eintrage zu Grunde liegenden Erwerbstitels bedürfte, zu behaupten und so viel nöthig darzuthun. Bei Mobilien dagegen ist das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen für eine der oben (§§. 52—57) erwähnten Erwerbarten schlüssig darzulegen, resp. zu beweisen. Letzteren Falles steht indess dem Kläger nach §. 325 des B.G.B. noch heutzutage in den geeigneten Fällen, und wenn ihm ein schwächer Berechtigter gegenübersteht, die Wahl zwischen der Eigenthumsklage und der actio Publiciana offen, während diese letztere in Ansehung solcher Immobilien, welche bereits ein Folium erhalten haben (zu vergl. namentlich das oben §. 59, V. Bemerkte), nicht weiter vorkommen kann.

II. Bei mehreren Gattungen beweglicher Sachen fällt indessen sowohl ihre Verfolgbarkeit mit der rei vindicatio als mit der Publicianischen Klage entweder ganz hinweg, oder dieselbe ist doch wesentlich beschränkt.

A. Zeitheriges Recht.

Schon früher nämlich werden:

1. in Sachsen zuerst die Cassenbillets, dann die landschaftlichen Obligationen und Kammercreditcassenscheine und später auch andre inländische Staats- und

öffentliche Creditpapiere der Vindication dergestalt entzogen, dass dieselben aus der Hand eines redlichen dritten Besitzers weder mit der Vindication noch mit einer andern dinglichen Klage, besonders nicht der Publicianischen, (Edict vom 6. Mai 1772, §. 3 —) gefordert werden konnten (Mandat vom 26. Januar 1775, sowie eine Reihe späterer Specialgesetze, über welche zu vgl. Haubold §. 188, c.). Ein allgemeines Gesetz vom 8. Juni 1846 „die Ausschliessung der auf jeden Inhaber lautenden Creditpapiere von der Vindication betreffend" erstreckte diesen Grundsatz auf alle öffentlichen Creditpapiere und rechnete zu den letzteren sowohl in- und ausländische Staatspapiere, als auch die von Privatcorporationen oder Anstalten des In- und Auslandes mit Genehmigung der betreffenden Regierungen ausgestellten Creditpapiere, sowie die von Actiengesellschaften mit gleicher Genehmigung ausgegebenen Actien, beziehentlich die zu diesen Papieren gehörigen Coupons, Zinsleisten und Dividendenscheine. Dieses Gesetz ist zwar durch das Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 30. October 1861, §. 17 aufgehoben worden, aber nur mit Rücksicht auf die zum Theile viel weiter gehenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in den Artt. 306 und 307. Darnach soll nämlich

a. bei Waaren und andern beweglichen Sachen, die ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräussert und übergiebt, der redliche Erwerber nicht bloss gegen die Vindication jedes Dritten geschützt sein, sondern ohne Unterschied, ob der Veräusserer Eigenthümer oder sonst zur Veräusserung berechtigt war, sogar das Eigenthum an der Sache erlangen. Früher begründete Eigenthumsrechte dritter Personen an solchen Sachen erlöschen mit dem Augenblicke der Veräusserung und Uebergabe an den gutgläubigen Erwerber.

Ausgenommen hiervon sind nur alle gestohlenen und

verlorenen Sachen, mochte diese Eigenschaft dem Erwerber bekannt sein oder nicht.

b. Sind Gegenstände der vorbezeichneten Art von einem Kaufmanne in seinem Handelsbetriebe verpfändet worden, so hat dies zwar ein Erlöschen früher begründeter Eigenthumsrechte nicht zur Folge, wohl aber können derartige Eigenthumsrechte nicht zum Nachtheile des redlichen Pfandnehmers oder seines Rechtsnachfolgers, also namentlich nur gegen Erlegung der Pfandschuld geltend gemacht werden. Auch hier gilt übrigens die Ausnahme rücksichtlich der gestohlenen oder verlorenen Sachen.

c. Dagegen sollen nach Art. 307 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs bei einer Veräusserung oder Verpfändung von Inhaberpapieren die sub a. und b. gedachten Rechtswirkungen selbst dann eintreten, wenn dieselbe von einem Nichtkaufmanne oder zwar von einem Kaufmanne, aber nicht in seinem Handlungsbetriebe vorgenommen wurde. Auch soll es keinen Unterschied machen, ob die Papiere zur Classe der verlornen resp. gestohlnen Sachen gehören, womit jedoch nur ausgesprochen ist, dass die Eigenschaft der Papiere als gestohlner, resp. verlorner keinen dem Eigenthumserwerbe oder der Gültigkeit des Pfandrechts entgegenstehenden objectiven Behinderungsgrund abgebe, während an dem Erfordernisse der bona fides auf Seiten des Erwerbers natürlich auch hier festzuhalten ist. Hierzu bestimmt übrigens unser Einführungsgesetz vom 30. October 1861 im §. 17 noch, dass diese Bestimmungen namentlich auch auf alle ausländischen Inhaberpapiere, sobald deren Ausstellung nach dem Gesetze des Ausstellungsortes gestattet gewesen, Anwendung zu leiden habe, dass aber mit der Aussercourssetzung des Papiers (über diesen Begriff zu vergl. die A.V.O. zum Einführungsgesetze vom 30. December 1861, §§. 44, 45) die volle Vindicabilität desselben wieder eintrete.

2. Etwas Aehnliches gilt auch nach der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung Art. 74 von den Wechseln, insofern darnach ein nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimirter Besitzer des Wechsels nur dann zu dessen Herausgabe angehalten werden kann, wenn er erweislich denselben im bösen Glauben erworben hat oder ihm bei dessen Erwerbe eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ob der Wechsel gestohlen oder verloren war, ist hier ebenfalls gleichgültig. Indessen geht diese Bestimmung deshalb weniger weit, als die des Handelsgesetzbuches im Art. 307, weil auch schon ein dem Besitzer in Bezug auf den Erwerb des Wechsels nachgewiesenes grobes Verschulden der mala fides gleichstehen soll. Das Handelsgesetzbuch im Art. 305 erstreckt nun diese Vorschrift der Wechselordnung auch auf die in Artt. 301—304 gedachten Ordrepapiere (Connossement, Lagerscheine etc.), und früherhin litt dieselbe bei uns auch noch auf die sogenannten kaufmännischen Anweisungen volle Anwendung (Gesetz vom 7. Juni 1849, §. 1). Dies letztere ist jedoch durch das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche vom 30. October 1861, §. 17 dahin modificirt worden, dass bei kaufmännischen Anweisungen, wenn sie mittelst Blancoindossaments weiter begeben, oder im Auslande giltiger Weise auf den Inhaber gestellt seien, die Verbindlichkeit zu deren Herausgabe nicht weiter nach der gedachten Stelle der Wechselordnung, sondern nach den bereits erwähnten Artikeln 306 und 307 des Handelsgesetzbuches gleichfalls beurtheilt werden soll.

Endlich sind noch:

3. eine Anzahl öffentlicher Anstalten, Leihhäuser, Sparkassen, die Leipziger Creditanstalt, Leipziger Bank u. s. w. insofern privilegirt, als die Eigenthümer der bei ihnen von einem Dritten verpfändeten beweglichen Sachen dieselben nur gegen Erlegung des Pfandschillings zurück zu fordern berechtigt sein sollen. Selbst die gestohlnen

oder verlorenen Sachen, neben denen in den Statuten übrigens gewöhnlich auch noch die geraubten Sachen besonders erwähnt werden, sind nur dann gegen dieses Privilegium gesichert, wenn ihr Abhandenkommen von dem Berechtigten vor ihrem Versatze bei der betreffenden Anstalt angezeigt worden war, und deren Annahme als Pfand binnen der nächsten drei Monate nach dieser Anzeige erfolgt ist (vergl. oben §. 14 a. E.).

B. Diese sämmtlichen sub A. 1—3 gedachten Vindicationsbeschränkungen behalten auch nach Inkrafttretung des bürgerlichen Gesetzbuches ihre volle Gültigkeit, denn theils sind dieselben in §§. 296, 297 ausdrücklich wiederholt, theils erscheinen sie durch §. 3 der P.V.O. und durch §. 29 des Gesetzbuches schon als ausreichend gewahrt. Neu ist, abgesehen von einem in dem folgenden §. 65, V. noch zu erwähnenden Puncte, nur die Bestimmung wegen des Metall- und Papiergeldes.

Schon bei der Emission neuer Cassenbillets im Jahre 1840 nämlich war in das desfallsige Gesetz vom 16. April 1840 §. 8 abweichend von dem oben sub A. erwähnten Edicte vom 6. Mai 1772 die Bestimmung aufgenommen worden, dass die neuen Cassenbillets rücksichtlich ihrer Vindicabilität dem baaren Gelde gleichzustellen seien, und dieselbe Bestimmung wiederholt sich auch bei den späteren Emissionen, insbesondere im Gesetze vom 6. September 1855 §. 8.

Insofern man hierbei an die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Möglichkeit der Vindication von Geldstücken zu denken hatte, enthält der §. 296 des B.G.B. die doppelte Abänderung:

1. dass hinsichtlich des Papiergeldes nunmehr wieder zu dem obigen Grundsatze des Edicts von 1772 zurückgegriffen wird, und zwar soll nach den Motiven unter dem Papiergelde nicht bloss das vom Staate auszugebende, sondern jedes unverzinsliche, papierne Werthzeichen, also

z. B. einschliesslich der von Privatcorporationen, wie die von der Leipziger Bank ausgegebenen Banknoten zu verstehen sein;

2. sodann aber auch insofern, als nun der gleiche Grundsatz auch auf das Metallgeld erstreckt, dieses also nun ebenfalls der Vindication aus der Hand des gutgläubigen Besitzers völlig und ohne Rücksicht darauf entzogen wurde, ob dasselbe von dem Empfänger bereits mit seinem Gelde vermischt worden war oder nicht. Ueber den Fall der Vermischung ist zu vergl. das oben §. 55, II. ad b. a. E. Gesagte*).

---

*) Hiernächst schliesst noch das unterm 30. Juni 1868 erschienene Gesetz „eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräusserungen etc. betreffend" die Anwendung der Vindication und sonstigen dinglichen Klagen (§. 1) bei Mobilien unter folgenden

1. theils subjectiven.
2. theils objectiven

Voraussetzungen aus. Der dingliche Rechtsschutz bleibt nämlich

zu 1. versagt:

a. den im §. 1 jenes Gesetzes aufgeführten Personen (des Veräusserers Ehegatten, Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie und bis zum ersten Grade der Seitenlinie einschliesslich der halbbürtigen Geschwister und deren Ehegatten), und zwar

b. gegenüber dem Gläubiger oder der Gläubigerschaft des Veräusserers, jedoch

2. nur dann und zwar

a. ausserhalb des Concurses

α. wenn die betreffende bewegliche Sache zu Gunsten des zu 1. b gedachten Gläubigers abgepfändet worden ist oder abgepfändet werden soll,

β. die Veräusserung während der bestehenden Ehe vor sich gegangen ist, endlich auch

γ. die executionsreife Forderung erst im Laufe der bestehenden Ehe entstanden ist;

b. im Falle des Concurses dagegen nur unter der vorstehend unter a, β gedachten Voraussetzung.

Die rechtliche Bedeutung des durch das Gesetz geschaffenen Institutes ist — abgesehen von dem nicht nothwendig gegebenen Falle

§. 65. Person des Vindicationsbeklagten.

III. Was bei dem Vindicationsprocesse sowohl als bei der Publicianischen Klage die Person des Beklagten anlangt, so fällt die Rolle desselben auch nach dem Ge-

---

einer an sich schon nichtigen Schenkung unter Ehegatten und ungeachtet der eine solche Auffassung scheinbar begünstigenden Ueberschrift des Gesetzes: zu vergl. Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle, 1869 S. 35 — weder in einer Nullität noch auch in einer Anfechtbarkeit des Veräusserungsgeschäftes und des durch ihn vermittelten Eigenthumserwerbes selbst zu suchen. Der ersteren Annahme steht der Umstand entgegen, dass dem nämlichen Veräusserungsgeschäfte in Fällen, welche ausserhalb der oben unter 2. gedachten Voraussetzungen liegen und gegenüber allen Personen, welche nicht Gläubiger des Veräusserers sind (1, b) durch das Gesetz selbst stillschweigend die Eigenschaft eines tüchtigen Rechtstitels zugestanden wird. Ohne dieses Anerkenntniss der Gültigkeit würde auch das Gesetz im §. 2 dem verletzten Eigenthümer einen Schädenanspruch an den Veräusserer nicht haben zusprechen können — einen Schädenanspruch, welcher übrigens auf Seiten der Ehefrau im Concurse des veräussernden Ehegatten nach §. 2 des Gesetzes am Ende mit Priorität nicht weiter ausgestattet sein soll.

Wider die Annahme der Anfechtbarkeit des Veräusserungsgeschäftes (ex capite doli) streitet dagegen — von dem bisherigen abgesehen — noch die präceptive Fassung des Gesetzes, nach welcher in den dort vorgesehenen Fällen die dingliche Klage als ein schlechterdings verbotenes, also von Amtswegen zurückzuweisendes, nicht erst mit Hülfe der Einrede und Anfechtung abzuwehrendes Rechtsmittel sich charakterisirt.

Die praesumtio doli violenta, welche als Ratio dem Gesetze zu Grunde liegt, soll vielmehr den zunächst nur processualen Erfolg herbeiführen, dem Eigenthümer, dessen Recht aus dem Veräusserungsgeschäfte im Uebrigen ganz dahingestellt bleibt, die als solchem ihm zustehenden Klagen in den in dem Gesetze bestimmten Fällen abzuschneiden, ähnlich (wenn auch in casuistisch begränzterer Weise), wie solches bei den übrigen in diesem Capitel der Vorlesungen behandelten Vindicationsbeschränkungen (z. B. nach §. 296 des B.G.B.) der Fall ist (Wochenbl. 1868 S. 570, 1869 S. 36), und es folgt hieraus ferner, dass der Pfändungsact dem durch die fragliche Veräusserung begründeten Eigenthume des Erwerbers materiellrechtlich überhaupt nicht präjudicirt, insbesondere auch nicht eine Erlöschung des Eigenthumes herbeiführt. Der durch die Pfändung geschädigte

setzbuche bald dem wirklichen bald dem nur fingirten Inhaber der Sache zu, und zwar werden auch hier im Allgemeinen die beiden gemeinrechtlichen Fälle der ficta possessio unterschieden, nämlich:

a. auf Seiten dessen, qui liti se obtulit (§. 299 des B.G B.), worunter das Gesetzbuch denjenigen Beklagten

---

Eigenthümer behält also consequenter Weise, zumal die das freie Eigenthum in seiner Geltendmachung beschränkende Ausnahmebestimmung in §. 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1868 eine extensive Auslegung nicht verträgt, seine Eigenthumsklage gegenüber jeder dritten Person, welche später die Sache unter anderen, als den im Gesetze vorausgesetzten Umständen erwirbt, es müsste denn bei diesem Dritten ein besonderer Eigenthumserwerbsmodus, z. B. eine Specification, dazwischentreten. Auch würde dem neuen Erwerber, welcher das Object in der gerichtlichen Pfandauction gekauft hat, nicht sowohl regelmässig die Bestimmung im §. 315 des B.G B zu statten kommen, als vielmehr nach dem S. 203 am Schlusse des ersten Absatzes Gesagten, geradezu ein selbstständiger Eigenthumserwerb zur Seite stehen.

Aus jener processualen Stellung des in Frage befangenen Institutes rechtfertigt es sich zugleich, wenn, wie von der Mehrzahl der Appellationsgerichte geschieht — in deren Hand künftig nach §. 3 des Gesetzes die letzte Entscheidung derartiger Reclamationsstreitigkeiten in allen Fällen ausserhalb des Concurses gelegt ist — das Gesetz auf alle vor dessen Erlass entstandene und die Execution veranlassende Forderungen, geschlossene Ehen und eingegangene Veräusserungsgeschäfte zurückbezogen wird, mag nun — was für die erste Zeit von Bedeutung — die Hülfsvollstreckung oder Concurseröffnung beziehentlich die Reclamation vor oder nach Emanation des Gesetzes bewirkt worden sein. Wochenblatt 1868 S. 509 f., 1869 S. 33 f. und 37 f. und §. 2 des B.G.B. Schlussworte.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Vindication etc. unter allen Umständen für unwirksam erklärt worden ist, sei es, dass die Veräusserung direct zwischen dem verschuldeten Ehegatten und einem Angehörigen der unter 1. a gedachten Personenklassen abgeschlossen worden sei, sei es, dass der vindicirende Verwandte etc. erst wieder von dritter Seite die von einem Schuldner während der Ehe veräusserte Mobilie an sich gebracht habe. Denn der §. 1 des Gesetzes geht ganz allgemein von der Annahme einer während der Ehe vorgenommenen Veräusserung aus, gleichviel ob der nachmals als Reclamant auftretende Verwandte etc. in der Rolle des unmittelbaren Erwerbers sich befunden hat oder nicht.

versteht, welcher, ohne Inhaber der Sache zu sein, doch die von dem Kläger behauptete Innehabung einräumt;

b. auf Seiten dessen, qui dolo desiit possidere (§. 304 des B.G.B.). Nach der letzteren Gesetzstelle zieht jedoch eine vor dem Beginne des Processes erfolgte Besitzentäusserung, selbst wenn sie von dem unredlichen Besitzer und absichtlich vorgenommen wurde, die Folgen der ficta possessio für denselben nur dann nach sich, wenn sie zu dem Zwecke geschehen war, sich dem Processe dadurch zu entziehen. Andere Arten der absichtlichen Besitzentäusserung vor Benachrichtigung von der Klage können daher den malae fidei possessor zwar immer noch als delictmässig verhaftet erscheinen lassen, befreien ihn aber wenigstens von der Eigenthumsklage, und wenn auch hier wie dort der Anspruch sich nach Befinden nur in einen Ersatzanspruch auflösen wird, so besteht doch zwischen beiden Fällen immer noch der wesentliche Unterschied, dass, so lange der Beklagte als fictus possessor mit der Eigenthumsklage belangbar bleibt, das Klagegesuch und die eventuelle Condemnatoria auf Herausgabe der Sache zu lauten haben wird, und die Schädenermittelung erst dem Executionsstadium nach Massgabe der dem Kläger günstigen Bestimmungen des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 §§. 73 ff. anheimfällt, während andern Falles der Kläger die Unterlagen für die Schädenberechnung sofort in der Klage darzulegen hat.

c. Bei einem nach der Klagbehändigung eingetretenen verschuldeten Besitzverluste kommt dagegen auf die vorherige Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes, sowie darauf, ob ersterer dolo oder nur culpa herbeigeführt wird, an sich, d. h. für die Wirkung einer Befreiung des Beklagten von der Eigenthumsklage, nichts weiter an, jedoch soll, wo blosse Fahrlässigkeit im Spiele ist, die Leistung der litis aestimatio seiten des nachmals verurtheilten Beklagten dergestalt als Abfindung des Klägers für die Sache

gelten, dass sie so beurtheilt wird, als habe der Verklagte die Sache von dem Kläger durch Kauf und Uebergabe erworben (§. 305 des B.G.B.), während in dem Falle doloser Besitzentäusserung ebenso wie in den oben sub a. und b. gedachten Fällen der Eigenthümer auch nach Empfang der Streitwürderung die Klage gegen den jedesmaligen dritten Inhaber der Sache behält, und nur der Werth der von ihm etwa in Natur wieder erlangten Sache dem fictus possessor an der Ersatzsumme unbedingt zu Gute gehen soll.

In gleicher Weise bestimmt sich auch

d. das Verhältniss der übrigen, erst in §. 306 des B.G.B. berührten Fälle, welche das Römische Recht neben der absichtlichen Besitzentäusserung sonst noch unter dem „dolo desiit possidere" begreift (Consumtion, Specification, absichtliche Zerstörung der Sache u. s. f.), zu den bisher erörterten von selbst, je nachdem der hierdurch schuldvoll bewirkte Untergang der Sache entweder vor oder nach der Klagbehändigung eintrat, nur dass im ersteren Falle dem malae fidei possessor nicht weiter die ad b. gedachte besonders qualificirte Absicht, sondern ein blosses sonstiges Verschulden nachgewiesen zu werden braucht.

e. Ein casueller Untergang der Sache endlich befreit den, der durch Verbrechen in den Besitz der Sache gelangt ist, nach §. 307 des B.G.B. in der Regel gar nicht, den sonstigen malae fidei possessor aber nur dann von der Eigenthumsklage, wenn dieser Untergang vor der Klagbehändigung erfolgt war, es müsste denn der Zufall ein solcher gewesen sein, welcher die Sache auch bei dem Eigenthümer getroffen hätte, wo dann sowohl die Haftung des fur im gemeinrechtlichen Sinne als die des sonstigen bösgläubigen Besitzers nach dem Processbeginne wegfällt.

IV. Was den Umfang der Haftung des Beklagten für die Früchte der Sache anbelangt, so ging:

1. unser zeitheriges Particularrecht in dec. II. von 1746 insofern von eigenthümlichen Grundsätzen aus, als

a. die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes auf Seiten des Beklagten auch für die vor dem Processanfange zurückliegenden Früchte nur unter Umständen einen Unterschied betreffs der Haftung begründete.

Es sollte nämlich darnach der malae fidei possessor zur Restitution der Früchte auf die letzten drei Jahre, der bonae fidei possessor auf das letzte Jahr von Behändigung der Klage an zurückgerechnet für verpflichtet geachtet werden.

b. Innerhalb des sich hiernach ergebenden Zeitraumes kam es übrigens nicht auf Ermittelung der wirklich gezogenen Früchte (fructus percepti) resp. der versäumten Früchte (fructus percipiendi) im gemeinrechtlichen Sinne mittelst förmlicher Rechnungsablegung an, sondern es war durch Gutachten Sachverständiger einfach der durchschnittliche jährliche Reinertrag, d. h. der Betrag dessen abzuschätzen, was nach landwirthschaftlichem Ermessen im regelmässigen Verlaufe der Dinge, also nach einem rein objectiven Massstabe aus der Sache voraussichtlich sich hätte gewinnen lassen (Gottschalk, discept. forens. II. cap. 10).

2. Das bürgerliche Gesetzbuch ist in der ad 1, a gedachten Beziehung zu den Grundsätzen des Römischen Rechtes zurückgekehrt (§. 308 des B.G.B.), während es ad 1, b, die Schätzungsmodalität der Decision im Allgemeinen beibehält (§. 309 des B.G.B.). Dabei entscheidet es zugleich die zeitherige Controverse, ob die Decision nur auf Grundstücksnutzungen oder auch auf Nutzungen beweglicher Sachen zu beziehen sei, stillschweigend im letzteren Sinne. Ausserdem adoptirt es die zeither schon von Gottschalk a. a. O. pag. 124 vertretene Meinung, wonach

Misswachs oder andere ausserordentliche die Fruchtziehung hindernde Ereignisse im einzelnen Falle zu Gunsten des Beklagten in Anschlag zu bringen sein sollten. Jedoch gewinnt es daraus das allgemeinere, auch nach der andern Seite hin wichtige Princip, dass die von den Sachverständigen aufgestellte Durchschnittsberechnung sowohl von Seiten des Klägers als des Beklagten einem Gegenbeweise dann zugänglich bleibt, wenn thatsächlich die Erträgnisse durch ausserordentliche Ereignisse sich namhaft gesteigert oder gemindert haben sollten.

Auf Herausgabe der zur Zeit der Restitution der Sache noch in natura vorhandenen Früchte, soweit sie aus einer Zeit herrühren, auf welche der Verurtheilte überhaupt für die Früchte zu haften hatte, hat zwar der obsiegende Kläger nach den Schlussworten des §. 309 des bürgerlichen Gesetzbuches gleichfalls Anspruch, ihr Werth ist jedoch dem Beklagten an der vorerwähnten Schätzungssumme zu Gute zu rechnen. Bei dem bonae fidei possessor kann aber hiervon dem oben unter §. 54 Gesagten zufolge nur in Ansehung der erst nach Benachrichtigung von der Klage gezogenen Früchte die Rede sein.

V. Soviel die dem Beklagten an den Kläger zu stehenden Gegenansprüche betrifft, so ist

1. der Begriff der nothwendigen Verwendungen, bis zu deren Erstattung sowohl der redliche als der unredliche Besitzer der Sache dieselbe retiniren darf, mit alleiniger Ausnahme dessen, der die Sache auf strafbare Weise an sich brachte (§. 312 verb. mit §. 1499 des B.G.B.) im Vergleiche zum gemeinen Rechte namhaft erweitert, insofern

a. auch der von dem Besitzer bei Erwerbung der Sache für dieselbe etwa gezahlte Preis dann dahin gerechnet wird, wenn sich annehmen lässt, dass durch den Erwerb der Sache seiten des Beklagten aus der Hand des Nichteigenthümers dem Kläger die Möglichkeit der Rechts-

verfolgung erhalten geblieben, also von dem Beklagten insoweit, wenn auch unabsichtlich dessen Nutzen gefördert worden sei (§. 314 des B.G.B.); als ein Fall dieser Art wird besonders der Erwerb der erbeuteten Sache vom Feinde behandelt. Schon die XC Decision von 1661 erwähnte dieses Falles im gleichen Zusammenhange, obwohl mit der gegenwärtig nicht wiederholten Voraussetzung, dass der Erwerber der Sache, wenn er seines Ersatzanspruches nicht verlustig gehen wolle, den Ankauf der Sache alsbald dem Richter mit der Erklärung anzeigen müsse, dass er die Sache nur im Interesse des Eigenthümers an sich gebracht habe. Nach §. 314 des B.G.B. kommt aber weder hierauf, noch auf die bona oder mala fides des Erwerbers etwas weiter an.

Weiter wird hierher

b. noch der Anspruch des gutgläubigen Besitzers auf Ersatz des beim Erwerbe der Sache gezahlten Preises dann gerechnet, wenn er sie in dem gewöhnlichen Mess- oder Marktverkehre, oder in einer sub publica auctoritate erfolgten Versteigerung erworben hat (§. 315 des B.G.B.), dafern nicht solchenfalls die Voraussetzungen der weitergehenden, im vorigen §. 64 unter A. erwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Artt. 306 und 307 eintreten, welchenfalls natürlich der Beklagte nicht bloss eine Retentionseinrede, sondern sogar die exceptio dominii für sich haben würde. Ausserdem lassen sich aber auch die im §. 64 A., 1 b. und 3 gedachten Zahlungen der Pfandschuld in den dort erwähnten Fällen unter den Gesichtspunct eines möglichen Gegenanspruches stellen.

2. In Ansehung der bloss nützlichen, sowie der rein willkürlichen (voluptuariae) Impensen und des diesfalls dem Inhaber eventuell zustehenden jus tollendi geben §§. 316 ff. des B.G.B. im Wesentlichen die gemeinrechtlichen Grundsätze wieder. Dabei lässt jedoch das Gesetzbuch

3. nach §. 318 im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte die nicht unwichtige Modification eintreten, dass alle überhaupt von ihm als erstattbar anerkannten Verwendungen, sowie das Recht auf Wegnahme, soweit es im concreten Falle begründet ist, nicht bloss einredeweise (mittelst exceptio doli) durch Retention der Sache geltend gemacht, sondern zugleich selbständig klagend verfolgt werden können.

§. 66. **Negatorienklage.**

Hier ist bei der sonstigen Uebereinstimmung des Gesetzbuches mit dem gemeinen Rechte nur darauf aufmerksam zu machen:

a. dass auch eine blosse sogenannte Verbalturbation, jedoch nur dann zur actio negatoria berechtigt, wenn sie die Anmassung eines das Eigenthum*) des Klägers beschränkenden Rechtes enthält (§. 321 des B.G.B.);

b. dass als der von dem Kläger zu erweisende Klaggrund nur das Eigenthum und die erfolgte thatsächliche oder wörtliche Störung seiten des Beklagten anzusehen ist, namentlich also gleichviel, ob sich der Beklagte in dem Quasibesitze des etwa streitigen Rechtes an der Sache befindet, oder ob derselbe vielleicht sogar in einem vorausgegangenen Besitzstreite in diesem Rechtsbesitze geschützt worden ist, oder nicht.

6. Abschnitt. Miteigenthum und sogenanntes getheiltes Eigenthum.

§. 67.

I. Nach §§. 328 ff. verbunden mit §. 225 des B.G.B. charakterisirt sich das Miteigenthum als dasjenige Rechts-

*) Die blosse Berühmung eines auf die Sache bezüglichen persönlichen Anspruches dagegen, welche ebendadurch implicite ein Anerkenntniss des Eigenthums ausspricht, kann dem Eigenthümer nur Anlass zur Diffamationsklage darbieten.

verhältniss, wonach der Gesammtinhalt der in dem Eigenthume begriffenen Befugnisse rücksichtlich der nämlichen physisch ungetheilten Sache sich gleichzeitig bei mehreren Personen, aber unter Beschränkung des Einzelnen auf einen quotalen Theil dieser Befugnisse befindet. Gleichartigkeit der Befugnisse des Einzelnen ist daher wesentliche Voraussetzung. Soviel

1. das Recht des Einzelnen während der Dauer der bestehenden communio anlangt, so kommt Folgendes in Betracht:

Da Verfügungen über den einzelnen aliquoten Theil nur im juristischen Sinne möglich sind, Dispositionen des Einzelnen dagegen, welche auf eine physische Aenderung der Sache abzwecken, nothwendig auch den ideellen Antheil der Uebrigen afficiren müssen, so folgt, dass zwar Verfügungen der ersteren Art, soweit die Natur des einzuräumenden Rechts an der Sache eine derartige Quotaltheilung überhaupt verträgt, dem einzelnen Miteigenthümer ohne Concurrenz der Uebrigen gestattet sein müsse, also Veräusserung seines aliquoten Theiles im engeren Sinne (§. 329 des B.G.B.), weiter Bestellung einer Hypothek an selbigem (§. 388 verbunden mit §. 372 des B.G.B.), ferner Einräumung eines Niessbrauches (§. 648 des B.G.B. — nicht aber Bestellung von Grunddienstbarkeiten oder anderen persönlichen Servituten ausser dem Niessbrauche; zu vergl. §. 570 verbunden mit §. 648 des B.G.B.). Dagegen sind Dispositionen der zweiten Art,*) soweit nicht die Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache solche erheischt, an die Uebereinstimmung sämmtlicher Betheiligten gebunden (§§. 330, 333 des B.G.B.). Dasselbe gilt im Allgemeinen auch von den auf blosse Verwaltung oder Benutzung der Sache abzweckenden Acten, dafern sie über den aliquoten

---

*) Für das gemeine Recht zu vergl. Windscheid: Lehrb. etc. §. 169 vor not. 3. (Bd. I., S. 469.)

Theil des Einzelnen hinausgehen, hier jedoch mit der wichtigen Modification, dass, wenn sich die condomini über die Art der Verwaltung oder Benutzung einmal geeinigt haben, bloss ausführende Massregeln dem Majoritätsbeschlusse derselben unterliegen sollen (§. 331 des B.G.B.). Anlangend

2. den Hauptbeendigungsmodus des Miteigenthums, das Recht auf Theilung, so ist ein auf Lebenszeit oder unbestimmte Zeit geleisteter Verzicht auf die Theilungsklage zwar (n. §. 338 des B.G.B.) nicht schlechthin ungültig, aber immer höchstens nur auf zwanzig Jahre wirksam, und zwar sollen auch innerhalb dieses Zeitraumes ebenso wie bei einem von Haus aus ad tempus certum geleisteten Verzichte immer nur die Verzichtenden für ihre Person, nicht aber dessen etwaige Erben dadurch gebunden werden. Bei einer ohne richterliche Concurrenz vorzunehmenden Theilung ist das Altsächsische Kürrecht, das bisher nach const. 15 pte. III. nur im Bereiche des Erbrechts, und auch da nur bei der Concurrenz von nicht mehr als zwei Miterben noch anerkannt war, auch für sonstige Fälle des Miteigenthums dergestalt wieder nutzbar gemacht, dass unter den mehreren Miteigenthümern, wenn sie sich für die Verloosung der zu machenden Theile entscheiden, jedesmal der älteste die Theilung vorzunehmen, die Uebrigen aber, und zwar die jüngsten immer zuerst das Recht auf Loosziehung haben sollen.

II. Bei dem sogenannten getheilten Eigenthume (Ober- und Unter- oder Nutzungseigenthum) hat man sich die verschiedenen in dem Eigenthumsbegriffe liegenden Befugnisse an der physisch ungetheilten Sache nach der Weise der Bestellung von Rechten an fremder Sache, also ungleichartig, unter den mehreren Interessenten getheilt zu denken, so dass dann der Obereigenthümer als Alleineigenthümer, der sogenannte Nutzungseigenthümer

aber nur als der dinglich an fremder Sache Berechtigte erscheinen würde.

Ueber das Hauptbeispiel, das Institut der sogenannten „ächten Erbzinsgüter“ oder bona emphyteutica (im Gegensatze zu den sog. schlechten Zinsgütern, zu vergl. c. 39 pte. II.) ist das oben §. 50, b. Bemerkte, sowie Haubold §§. 459 ff. zu vergleichen.

Zu der bei Haubold §. 477 behandelten, früher besonders wichtigen Materie vom Lehngelde oder der Lehnwaare, d. h. derjenigen besonderen Geldleistungen, die bei eintretendem Besitzwechsel an den Erbzinsherrn seiten des Erbzinsmannes, und zwar, wenn die Veränderung in manu serviente sich zutrug, seiten des neuen Erwerbers zu entrichten seien, ist noch nachzutragen das Gesetz vom 25. Januar 1850 über den veränderten Beweis der Lehngeldverbindlichkeit, und zu der Literatur der Aufsatz von Du Chesne in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. VII., S. 137 ff.

Das ganze Institut des Erbzinsverhältnisses hat seit der Ablösungsgesetzgebung viel von seiner practischen Bedeutung verloren; schon nach dem Ablösungsgesetze vom 17. März 1832 nämlich brauchte der Erbzinsmann den jährlichen Erbzins nur unbedeutend zu erhöhen (um 3 %) und als einfachen Grundzins auf sein Gut zu übernehmen, um dafür freier Eigenthümer des fundus zu werden. Jedoch stellte das Gesetz von 1832, §§. 77 und 82 es anfangs ausschliesslich in das Belieben des Erbzinsmannes, ob dieser von der Ablösung Gebrauch machen wollte oder nicht. Das spätere Gesetz vom 15. Mai 1851 giebt dagegen auch dem Erbzinsherrn das Recht, auf Ablösung zu provociren, indessen auch ihm immer nur mit der Tendenz, dass dadurch für den Erbzinsmann freies Eigenthum herbeigeführt werde, nicht etwa zu dem Zwecke, um sich des Erbzinsmannes zu entledigen. Auch muss nach dem Gesetze von 1851, §. 12 mit der Ablösung des

Erbzinses jedesmal die Ablösung der Erbzinsqualität nunmehr verbunden werden. Dagegen kann das Erbzinsverhältniss an sich nicht zu denjenigen Rechtsverhältnissen gerechnet werden, welche nach der weiter unten in der Lehre von den Ablösungen zu erwähnenden Bestimmung in §. 23 des Gesetzes von 1851 sich in ein rein persönliches verwandeln sollen, wenn nicht bis zum 31. December 1853 auf deren Ablösung provocirt worden war.

7. Abschnitt. Das Nachbarrecht.

§. 68.

Unter dem Namen des Nachbarrechtes fasst das Gesetzbuch sehr mannigfaltige Beschränkungen zusammen, denen der Grundstückseigenthümer zu Gunsten des benachbarten fundus kraft des Gesetzes unterworfen ist. Zwar wird in §. 352 des B.G.B. fortdauernd als Regel anerkannt, dass der Eigenthümer an der beliebigen Benutzung seines Grundstückes selbst dann nicht zu behindern sei, wenn durch die Art der Benutzung die Nutzbarkeit des Nachbargrundstückes leiden sollte. (Ein Beispiel davon liefert gleich der folgende §. 353 des B.G.B.) Indessen giebt es hiervon zahlreiche Ausnahmen:

a. theils mit der Tendenz, dass der Eigenthümer in einem selbst völlig innerhalb der Grenzen seines fundus sich haltenden Thun oder Haben zu Gunsten des Nachbars unter Umständen beschränkt ist, und er wegen eines solchen facere oder habere in suo nach Befinden der Negatorienklage seiten des Nachbars ausgesetzt ist;

b. theils der Art, dass er auf seinem Grund und Boden gewisse Vornahmen des Nachbars schon gesetzlich zu dulden hat, ihm also dagegen der Schutz mit der Negatorienklage versagt wird.

Die Hauptfälle und zugleich die wesentlichsten Ab-

weichungen von dem gemeinen, resp. bisherigen Sächsischen Rechte sind folgende:

1. soviel die durch Bauwerke, Fabrik- oder Gewerbsanlagen, resp. durch bauliche Veränderungen herbeigeführten Nachtheile anlangt, so hat

a. ein Nachbar dem Andern bei einem von ihm vorzunehmenden Neu- oder Reparaturenbau den zur einstweiligen Aufführung des Baugerüstes, resp. der Niederlegung des Baumaterials erforderlichen Raum zu gewähren, vorbehältlich jedoch seines Anspruches auf Erstattung des ihm hierdurch erwachsenden Schadens (Hammerschlags- oder Leiterrecht: §. 350 des B.G.B.).

b. Ferner hat der Eigenthümer eines Bauwerkes ohne vorausgegangene Cautionsleistung dem Nachbar denjenigen Schaden zu ersetzen, der dem Letzteren durch Einsturz dieses Bauwerkes zugefügt wurde, falls verschuldete Ruinosität des Gebäudes, resp. ein Fehler der ursprünglichen Bauart die Ursache des Einsturzes war (§. 351 des B.G.B. Modification der Römischrechtlichen cautio damni infecti: zu vergl. Windscheid, Lehrbuch etc. Bd. II., S. 657 ff. §§. 458 bis 460).

c. Die bereits im Sachsenspiegel II., 51 und im Magdeburger Weichbild (a. 122 [123]) dem Nachbar auferlegte Verpflichtung, die durch üblen Geruch oder aus andern Gründen lästigen Gebäudetheile mindestens drei Fuss von unserer Grenze abgerückt zu halten, ist in §. 359 des B.G.B. nicht unwesentlich modificirt. Zunächst nämlich ist die Zahl und Art der hierbei in Frage kommenden baulichen Anlagen im Vergleiche zu dem zeitherigen Rechte namhaft vermehrt, umgekehrt aber auch die Verpflichtung zur Abrückung nicht mehr, wie dort, eine absolute, sondern von dem Nachweise einer wirklichen Beschädigung oder Belästigung in concreto abhängige, über deren Vorhandensein eintretenden Falles richterliches Ermessen zu entscheiden hat, und zwar der-

gestalt, dass je nach dessen Ausfall die einzuhaltende Entfernung von der Nachbargrenze im Vergleiche zu den bisherigen drei Fuss sich bald verringern, bald steigern kann.

d. Abgesehen hiervon hat sich aber auch der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden aller sonstigen Vornahmen zu enthalten, in Folge deren dem Nachbargrundstücke schädliche Substanzen wie Dampf, Russ, Rauch u. s. w. selbst nur mittelbar in aussergewöhnlicher Menge zugeführt werden (§. 358 des B.G.B.). Liegt jedoch der derartige schädliche Immissionen erzeugenden Thätigkeit des Nachbars eine gewerbliche Anlage der in §§. 22 ff. des Gewerbegesetzes vom 15. October 1861 gedachten Art zu Grunde, und hat selbige die nach diesem Gesetze erforderliche Genehmigung der Verwaltungsbehörde erhalten, so kann der hierdurch benachtheiligte Grundstücksnachbar die Aenderung oder Beseitigung dieser Anlage, wenn sie einmal vorschriftsmässig ausgeführt ist, nicht weiter verlangen, sondern ist nur auf Verfolgung seines Schädenanspruches beschränkt (Gewerbeges. §. 30). Im Uebrigen scheinen durch §. 358 des B.G.B. nur körperliche Immissionen, also z. B. nicht weiter Fälle getroffen werden zu sollen, wo ich durch eine auf meinem Grundstücke erzeugte starke Erschütterung, welche sich (wie z. B. bei Eisenbahnen) auf das Nachbargrundstück fortpflanzt, dieses in Nachtheil bringe (für unser zeitheriges Recht in dieser letzteren Beziehung vergl. Wochenblatt 1857, S. 265 ff.).

e. Endlich ist dem Eigenthümer untersagt, auf seinem Fundus Grund und Boden in einer Weise abzugraben, welche das Nachstürzen des nachbarlichen Erdreiches oder Gebäudes herbeiführen könnte (§. 360 des B.G.B.).

2. Das Recht auf Einräumung eines Nothweges ist, wie schon nach der bisherigen particularrechtlichen Auffassung (zu vergl. Haubold §. 200 letzter Zusatz) nicht

bloss für den Fall physischer Unmöglichkeit eines auf andre Weise zu beschaffenden Zuganges, sondern auch schon dann anerkannt, wenn der dem Eigenthümer zu seinem Grundstücke offenstehende Zutritt mit unverhältnissmässigen Schwierigkeiten und Weiterungen verknüpft sein würde (§. 345 des B.G.B.). Daneben gilt jedoch als Regel, dass der den Weg Einräumende von dem Andern vollständig zu entschädigen ist, mit Ausnahme des Falles, wenn Jemand vorher dem Andern eine Befugniss an seinem Grundstücke erst zugestanden, oder wohl gar einen Theil des letzteren selbst an ihn veräussert hatte, und zur Ausübung jenes Befugnisses oder zur wirthschaftlichen Benutzung des verkauften Areals erst noch ein Zugang geschaffen werden muss (§. 345 a. E. verbunden mit §§. 348, 349, Abs. 1 des B.G.B.). Auch hat der gegen einen einzelnen Grundstücksnachbar geltend zu machende Anspruch auf Einräumung eines Nothweges den Nachweis zu seiner Voraussetzung, dass über das in Rede stehende Nachbargrundstück seiner Lage nach allein zu dem betreffenden Puncte zu gelangen sei. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, so hat der Antragsteller die mehreren betheiligten Grundstücksnachbarn gemeinschaftlich in Anspruch zu nehmen, und die Wahl unter den mehreren in Frage kommenden Richtungslinien dem Richter zu überlassen, dessen Ausspruch überhaupt erst das Recht zur Benutzung des fraglichen Weges, abgesehen von Fällen freiwilliger Concession seiten des Nachbars wirklich zur Entstehung bringt.

Selbstverschuldete Terrainschwierigkeit berechtigt nicht zu dem Antrage auf Einräumung eines Nothweges, übrigens wird dieser Antrag auch künftig in der Regel nicht im förmlichen Processwege, sondern dem der summarischen Erörterung zu verfolgen sein (Annalen N. F. Bd. II. S. 36 ff.).

3. Die Römischrechtlichen Eigenthumsbeschränkungen rücksichtlich des sogenannten Baumüberhanges sind

in das Gesetzbuch nicht aufgenommen worden. Schon bisher galt nämlich bei uns nach dem Sachsenspiegel (II. 52) und dem Magdeburger Weichbilde (a. 126) der Grundsatz: dass der Nachbar die auf seinen Grund und Boden herüberhängenden Aeste des an der Grenze stehenden fremden Baumes, und zwar ohne die im Römischen Rechte vorausgesetzte vorgängige vergebliche Aufforderung des Eigenthümers, sowie ohne Rücksicht auf die Höhe des Ueberhanges, abzuhauen befugt sei. Man erklärte solches aus einem dem Nachbar an den überhängenden Aesten gesetzlich eingeräumten, dem Eigenthume in seinen Wirkungen gleichstehenden ausschliesslichen Dispositionsbefugnisse, und sprach dem ersteren deshalb nicht bloss das Recht zu, die von ihm abgehauenen Aeste des fremden Baumes für sich zu behalten, sondern erklärte ihn auch allein für berechtigt, die an den überhängenden Aesten wachsenden Früchte sich anzueignen. Dafür sprach man ihm aber auch eine Klage gegen den Baumeigenthümer auf eine von diesem zu bewirkende Beseitigung des Ueberhanges geradezu ab (zu vergl. Wochenblatt von 1843, S. 11 ff.). Das Gesesetzbuch in §§. 362, 363 gehet insofern von veränderten Gesichtspuncten aus, als es den Baumeigenthümer an sich auch fortdauernd als Eigenthümer der überhängenden Aeste und Früchte betrachtet, nur giebt es dem Nachbar rücksichtlich dieser Aeste das wahlweise Recht, diese entweder selbst abzuschneiden oder deren Beseitigung von dem Baumeigenthümer zu verlangen. Die abgeschnittenen Aeste verbleiben dem Baumeigenthümer in jedem dieser Fälle eigenthümlich. Zur Entfernung der in sein Bereich herübergewachsenen fremden Baumwurzeln kann zwar der Grundstücksbesitzer den Nachbar nicht anhalten, wohl aber dieselben selbst abschneiden und für sich behalten. Ferner ist rücksichtlich der Früchte das Princip festgehalten, dass der Baumeigenthümer, so lange die Frucht am Stamme hängt,

zwar als deren Eigenthümer zu gelten habe, dass aber umgekehrt das ausschliessliche Recht des Nachbarn nach der Separation der Frucht an dem sogenannten Ueberfalle sich äussere, woraus das Doppelte folgt, dass einmal der Nachbar nicht selbst die Abbringung der überhängenden Frucht vornehmen darf, andrerseits aber auch dem Baumeigenthümer nicht zu verstatten braucht, sein Grundstück behufs der Einerntung oder Aufsammlung der Frucht zu betreten.

4. Anlangend die den Wasserlauf behandelnden §§. 354—356 des B.G.B., so braucht sich nach §. 355 weder der höher-, noch der tieferliegende Grundstücksnachbar Veränderungen oder Vorrichtungen auf dem Nachbargrundstücke gefallen zu lassen, durch welche eine Aenderung des durch die natürlichen Bodenverhältnisse bedingten Wasserablaufes zu seinem Nachtheile herbeigeführt würde. Rührt die benachtheiligende Vorrichtung von dem Grundstücksnachbar selbst her, so ist wider ihn der Anspruch auf deren Beseitigung begründet; stehen dagegen von dritten Personen oder durch Zufall herbeigeführte Aenderungen der bezeichneten Art in Frage, so hat der Eigenthümer, auf dessen Grund und Boden sich dieselben befinden, dem andern wenigstens die Wegräumung und zu diesem Zwecke das Betreten seines Grundstückes zu gestatten, vorbehältlich der Vergütung eines hierdurch ihm erwachsenen Schadens.

Dabei unterscheiden die einschlagenden Artikel zwar nicht zwischen Regen- und Quellwasser auf der einen, und dem durch ein Grundstück beständig hindurchfliessenden Wasser auf der andern Seite. Wie indessen schon nach §. 3 der P.V.O. 5, d. von vornherein nicht anzunehmen ist, dass hier für das gesammte sogenannte Wasserrecht erschöpfende leitende Grundsätze haben aufgestellt werden sollen, so darf auch aus §. 354 des B.G.B. geschlossen werden, dass der Gesetzgeber hier überhaupt

nicht das fliessende Wasser als Nutzungsobject habe in das Auge gefasst wissen, sondern lediglich die Verpflichtung des tiefer liegenden Grundstücksnachbarn zur Aufnahme der von dem höher liegenden Grundstücke herabkommenden natürlichen Wasserzuflüsse habe ordnen wollen; namentlich also entscheiden die Paragraphen nichts für die Frage: ob und inwieweit der Tieferliegende, dem der zeitherige Wasserzufluss vielleicht Vortheil brachte, ein Recht auf die unveränderte Fortdauer der ausschliesslichen oder doch Mitbenutzung habe, und ebensowenig wird durch sie dem Rechte desjenigen, auf dessen Grund und Boden eine Quelle entspringt, irgendwie präjudicirt, über dieselbe zu seinen alleinigen Zwecken mit Ausschluss des Tieferliegenden zu disponiren (zu vergl. §. 353 des B.G.B. und für das ältere Recht: Annalen ä. F. Bd. III. S. 401 ff.), wie denn auch das Recht: Flüssigkeiten anderer, als der vorbezeichneten Art auf das Nachbargrundstück abzuleiten, sowie das sogenannte Traufrecht nach §. 357 des B.G.B. hiervon nicht berührt wird.

III. Abtheilung.

Vom Pfandrechte.

1. Abschnitt. Vom Pfandrechte im Allgemeinen.

§. 69.

Die Vorzüge, welche unser particularrechtliches Pfandrecht mit dem der Mehrzahl der übrigen Deutschen Länder vor dem Römischen voraus hat, datiren nicht erst von der dem Hypothekenwesen ohnehin nicht allein zu Gute kommenden Einführung des Ingrossationssystems; vielmehr beruhen dieselben auf folgenden, allgemeinen, zum grössten Theile schon in früheren Perioden zur Anerkennung gelangten Grundsätzen. Diese Grundsätze sind:

1. Dass die Entstehung von Pfandrechten aller Art ausser dem ihnen zu Grunde liegenden Rechtstitel noch einen gewissen in die äussere Erscheinung tretenden Act voraussetzt, der das Bestehen des Pfandnexus für Dritte erkennbar macht (also Wegfall der rein conventionellen und der rein gesetzlichen Pfandrechte des Römischen Rechtes).

2. Dass nur speciell bestimmte Vermögenstheile Gegenstand des Pfandrechtes sein können (Abschaffung der Generalhypotheken, die sich für die freiwillige Verpfändung des Gesammtvermögens oder einer Quote desselben, resp. der gesammten Mobilien oder Immobilien bereits in der Erläuterten Processordnung ad tit. XLIV, §. 1 angebahnt findet).

3. Dass in Fällen der Collision mehrerer an dem nämlichen Objecte bestehender Pfandrechte deren Rangverhältniss im Zweifel sich nur nach der Zeit ihrer Begründung bestimmt (also Beseitigung der gesetzlichen Pfandprivilegien des gemeinen Rechts zu Gunsten gewisser Personen oder Forderungen).

Abgesehen von diesen vorwiegend die äussere Seite des Pfandrechtes und das Interesse des gutgläubigen dritten Pfandnehmers berücksichtigenden Eigenthümlichkeiten bildete das Römische Recht zwar fortdauernd und selbst noch nach Erscheinen des Gesetzes vom 6. November 1843 die wesentliche Grundlage unseres Pfandrechtes; indessen mussten jene Eigenthümlichkeiten doch auch auf die Beurtheilung des zwischen dem Verpfänder und Pfandschuldner stattfindenden Rechtsverhältnisses selbst vielfach zurückwirken, wofür noch für das Immobiliarpfand theils die veränderte Form der Ausübung des Distractionsrechtes, theils die später durch das Ingrossationssystem bedingte wesentliche Umgestaltung der hypothekarischen Klage und selbst die theilweise Aufopferung der accessorischen Natur des Pfandrechts im Verhältniss zu der durch sie

gesicherten Forderung hinzukam, principielle Aenderungen, die insgesammt auch und oft mit gesteigerter Consequenz in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangen sind.

2. Abschnitt. Pfandrecht an Immobilien.

§. 70. **Entstehung desselben.**

An Immobilien giebt es bei uns kein pignus, Faustpfand, mehr, d. h. Entstehung und Wirkung des Pfandrechtes an Immobilien ist von dem dem Pfandgläubiger an der Pfandsache einzuräumenden Besitze unabhängig, und da für das Mobiliarpfand bei uns gerade das umgekehrte Princip gilt, so ist der Ausdruck „hypotheca“ nur noch bei dem Immibiliar-Pfandrechte anwendbar geblieben, hier aber zu dem ausschliesslich technischen erhoben worden.

Zur Begründung der Hypothek ist dagegen richterliche Mitwirkung wesentlich, und zwar gilt dieser Satz seit der Gesetzgebung von 1843 ganz allgemein, nach älterem Rechte wenigstens bei gewissen Hauptgattungen der Hypotheken.

I. Aelteres Recht (Haubold, Lehrb. §§. 201 ff.). Bis zur Einführung der Grund- und Hypothekenbücher war die Entstehungsart verschieden, jenachdem die Hypotheken auf Privatdisposition, der Hülfsvollstreckung oder Gesetz beruhten.

A. Bei freiwilligen Unterpfandrechten unterschied man zwischen constituirter und reservirter Hypothek, indem man unter der constituirten diejenige verstand, welche der bürgerliche Eigenthümer des zu verpfändenden Grundstückes dem Gläubiger in Form eines pactum hypothecae einräumte, unter reservirter aber diejenige, welche der Eigenthümer bei Veräusserung des Grundstücks sich einseitig vor der Lehnsauflassung vorbehielt. Für die erstere Gattung stellt schon die const. 23 pte. II. die, wenngleich nicht ausnahmslose Regel auf, dass die

Verpfändung ohne gerichtliche Insinuation wenigstens Dritten gegenüber ungültig sei. Die Alte Processordnung tit. XLVI, §. 2 erwähnt neben der Insinuation nur erst als zweite wahlweise Modalität der richterlichen Concurrenz die sogenannte Gunstertheilung. Die Erläuterte Processordnung ad tit. XLIV, §. 1 verlangt aber unbedingt, dass der judex rei sitae, und zwar unter gleichzeitiger Confirmation des Pfandvertrages ausdrücklich seinen Consens zur Hypothekenbestellung zu ertheilen habe, bevor das jus reale als entstanden angesehen werden könne.

Die abschriftliche Einverleibung der Consensurkunde in das schon damals bei Gericht gehaltene öffentliche Buch, das sogenannte Consensbuch, oder auch nur eine sonstige Kundmachung der erfolgten Hypothekenbestellung in Letzterem war, obgleich vorgeschrieben, doch nach der richtigeren Ansicht nicht als wesentlich zu betrachten (Wochenbl. 1847 S. 94 ff.). Die constituirte Hypothek nannte man jener nothwendigen richterlichen Einwilligung wegen auch consentirte, oder schlechthin Consens. Diese Form der Verpfändung der Allodialgrundstücke war auch hier der Verpfändung von Lehngütern nachgebildet. Bei der Lehenshypothek ist die Consensertheilung seiten des Lehnsherrn noch jetzt erforderlich, und zwar wird diese Einwilligung bei Lehngütern nur bis zur Hälfte ihres Werthes ertheilt. Eine Zeitlang trug man sogar in missverstandener Auslegung des Lehnsmandates vom 30. April 1764 tit. VI, §. 1 dieses Princip der sogenannten consensuabeln Summe (nur mit deren Erhöhung auf Zweidrittel des Grundstückswerthes) unterschiedslos auch auf die Allodialgrundstücke über, und selbst als diese Beschränkung durch Decret vom 17. Februar 1827 und Mandat vom 4. Juni 1829 beseitigt worden war, blieb wenigstens das Requisit der richterlichen Confirmation und Consensertheilung fortbestehen.

Bei reservirten Hypotheken dagegen war Confirma-

tion und Consensertheilung entbehrlich: hier genügte die Annotation des Pfandrechtes im Consensbuche, war aber hier auch wesentlich (Erl. Processord. ad tit. XLII, §. 7).

B. Durch Hülfsvollstreckung in das Grundstück des Schuldners konnte früher auf zweierlei Weise eine Hypothek für dessen Gläubiger begründet werden — sogenannte Hülfshypothek. Die regelmässige Form bildete eine von dem Processrichter, oder, wenn das Grundstück unter fremder Jurisdiction lag, in dessen Auftrage von dem judex rei sitae an Ort und Stelle vorzunehmende symbolische Hülfshandlung (Ausschneiden eines Spahns, Ausstechen einer Erdscholle, Abschneiden eines Zweiges etc.). Seit der Erl. Processord. ad tit. XXXIX, §. 10 vertrat dieser Act, welcher die pignoris capio repräsentiren sollte, zugleich die Stelle des nach Römischem Rechte noch besonders einzuleiten gewesenen Ex- und Immissionsverfahrens. Zur Ersparung von Weiterungen und Kosten konnte aber der Schuldner dieser Hülfshandlung (executio vera) auch durch die Erklärung zuvorkommen, dass er die Hülfe in das Grundstück für vollstreckt annehme (executio ficta) — Erl. Processord. ad tit. XLVII. Solchenfalls kam mit dem Momente, wo diese Erklärung bei dem judex rei sitae actenkundig wurde, das Hülfspfandrecht für den Gläubiger zur Entstehung (Mandat II vom 4. Juni 1829, §§. 16 ff.). Um unstatthaften Begünstigungen einzelner Gläubiger vorzubeugen, bestimmte übrigens das ebengenannte Mandat zugleich pro futuro, dass eine solche Erklärung nur noch wegen bereits fälliger und gerichtlich anhängig gemachter Schuldforderungen wirksam sein sollte. Für die Begründung des jus in re war die Ausfertigung des sogenannten Hülfsscheines für den Gläubiger ebensowenig als die Annotation der Hülfshypothek im Consensbuche das entscheidende Moment, und zwar weder bei der vera noch bei der ficta executio. (Theilweise anderer Meinung ist Osterloh, Handb. §. 363, Anm. 10, 14.)

C. Von der grossen Zahl sowohl genereller als specieller stillschweigender Pfandrechte, welche noch die ältere Processordnung tit. XLIII, XLIV aufführt, war der beträchtlichere Theil gemeinrechtlichen Ursprunges, die übrigen beruhten theils auf Particulargesetz, theils auf Gewohnheitsrecht (Haubold, §§. 207 ff. und Ferd. Aug. Meissner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, Bd. II, §§. 204 ff.). Die Erläuterte Processordnung ad tit. XLV erklärte sie insgesammt dergestalt für aufgehoben, dass auch die bereits begründeten mit Ablauf von sechs Jahren erlöschen sollten.

Nach mehrmaligem Hinausschieben dieses Endtermines entschied man sich jedoch schliesslich wieder für theilweise Beibehaltung des Instituts (Mand. vom 24. Septbr. 1734), darnach sollten nämlich folgende, jedoch nur zur Classe der Generalhypotheken gehörigen Pfandrechte dieser Art bestehen bleiben:

1. das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen seiner sämmtlichen Schuldner;

2. das der Kirchen, Schulen und einer Anzahl anderer piae causae an dem Vermögen ihrer Administratoren;

3. das der Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen ihres Dotal- und Paraphernalgutes, sowie wegen ihres Leibgedinges;

4. das der Bevormundeten und der Kinder in väterlicher Gewalt an dem Vermögen der Vormünder und Väter rücksichtlich der ihnen aus der Verwaltung ihres Vermögens an selbige zuständigen Ansprüche (ob auch ein Pfandrecht der Gemeinden an den Gütern ihrer Vermögensadministratoren, war bestritten).

Erst das Mandat I. vom 4. Juni 1829 nahm den Gedanken wieder auf, indem es im §. 1 nicht bloss der Entstehung neuer stillschweigender Hypotheken vom 1. November 1829 ab absolut entgegentrat, sondern auch

die bis dahin bereits bestandenen mit Ablauf einer zweijährigen verschieden zu berechnenden Frist für erloschen erklärte, dafern nicht bis dahin entweder der Gläubiger Klage erhoben haben oder zum Vermögen des Schuldners Concurs ausgebrochen sein sollte.

Das Gesetz vom 2. November 1843 endlich sprach die Aufhebung aller demzufolge noch bestehender derartiger Hypotheken für den 31. December 1844 definitiv aus, mit der alleinigen Beschränkung, dass selbige dann, wenn vor dem 1. Januar 1845 etwa die Eröffnung des Concurses zum Vermögen des Schuldners erfolgen würde, Anspruch auf Berücksichtigung in diesem Creditwesen noch haben sollten.

§. 71. II. Neueres und neuestes Recht.

A. Seit der Gesetzgebung vom 6. November 1843 giebt es für die Begründung der Hypothek an Allodialgrundstücken nur eine einzige und darum absolut nothwendige Form: die der Einzeichnung des Unterpfandrechtes in das Hypothekenbuch Rubr. III. Die im vorigen Paragraphen gedachten verschiedenen Entstehungsarten kommen daher gegenwärtig nur noch in der Verschiedenheit des dem Eintrage zu Grunde liegenden Rechtstitels zum Vorschein (B.G.B. §. 387 a. E.). Die möglichen Rechtstitel zerfallen in zwei Hauptclassen:

1. Privatwillenserklärung,
2. Gesetz.

ad 1. Zur unterpfändlichen Einsetzung des Grundstücks ist immer nur der Eigenthümer, also der dermalen im Grundbuche als solcher Eingetragene legitimirt (B.G.B. §. 398). Ein von ihm bei Gelegenheit der Veräusserung des Immobile gemachter Hypothekenvorbehalt ist deshalb auch der Sache nach nur als ein von dem Acquirenten des Grundstückes für den Fall seines späteren Eigenthumserwerbes ertheiltes Hypothekenversprechen aufzufassen,

welches erst mit dem Augenblicke seiner Eintragung als Eigenthümer in Wirksamkeit tritt. An die Einwilligung der auf dem Grundstücke bereits eingetragenen Realgläubiger ist übrigens der Verpfänder nicht gebunden, ebensowenig wie an die eines etwaigen Vorkaufs- bez. Wiederkaufsberechtigten, oder dessen, dem ein Niessbrauch am Grundstücke zusteht. Jedoch ist dem Vorkaufs- bez. Wiederkaufsberechtigten, sowie dem Usufructuar unter den in §§. 401, 402 gedachten Voraussetzungen die spätere Hypothekenbestellung an ihren Rechten unpräjudizirlich. Selbst bei der Verpfändung von Erbzinsgütern ist die früherhin erforderlich gewesene Einwilligung des Erbzinsherrn bereits durch Gesetz vom 6. November 1843 §. 31 für entbehrlich erklärt worden. Neu ist dagegen die Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches im §. 399, wonach dem unter einer auflösenden Bedingung eingetragenen Eigenthümer schlechthin das Befugniss abgesprochen wird, das Grundstück selbst nur auf die Dauer seiner Besitzzeit mit Hypotheken zu beschweren.

ad 2. Ein gesetzlicher Rechtstitel ist zunächst

a. einer Anzahl von Gläubigern als Ersatz für die ihnen entzogene stillschweigende Hypothek eingeräumt, und zwar

α. dem Fiscus, den Kirchen, Schulen und gewissen Stiftungen, jedoch dem Ersteren nicht in gleichem Umfange mit seinem früheren gesetzlichen Unterpfandsrechte, sondern ebenso wie den letztgenannten juristischen Personen nur zu dem Zwecke der Erlangung einer Hypothek an den Grundstücken ihrer bei einer Kassen- oder Vermögensverwaltung angestellten Diener (§. 393 des B.G.B.);

β. den unter Vormundschaft stehenden Personen, ingleichen den Kindern in väterlicher Gewalt zum Behufe der Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken ihrer Vormünder resp. Väter, wenn und insoweit denselben in dem einzelnen Falle eine Pflicht zur Cau-

tionsbestellung überhaupt obliegt, wegen der ihnen an selbige aus der für sie zu führenden Vermögensverwaltung zuständigen Ansprüche (§§. 391, 392 des B.G.B.);

γ. den Ehefrauen rücksichtlich der Grundstücke des Mannes wegen ihres bei Eingehung der Ehe oder während des Bestehens derselben eingebrachten beweglichen Vermögens (§. 390 des B.G.B.). Alle diese α—γ genannten Personen haben schon durch das Mandat I. vom 4. Juni 1829, §. 25 das Recht erhalten, an den Immobilien ihrer vorgedachten Schuldner unter den gleichen resp. ähnlichen Voraussetzungen eine Hypothek im Consensbuche annotiren zu lassen, und es bildete dies einen zweiten Ausnahmefall, in welchem schon nach älterem Rechte die Entstehung des Pfandrechts an den Act dieser Einzeichnung geknüpft erschien. In Uebereinstimmung hiermit war ihnen später durch das Hypothekengesetz §. 38 ein dem jetzigen im Wesentlichen entsprechender gesetzlicher Rechtstitel verliehen worden; und das Gleiche war dort auch zu Gunsten der Vermächtnissnehmer und der mit einer mortis causa donatio bedachten Personen in Ansehung der zum Nachlasse gehörigen Immobilien geschehen. Das Gesetzbuch hat jedoch diesen letzteren Fall nicht mit aufgenommen.

b. Ferner haben noch nach §. 394 des B.G.B., welches insoweit mit §. 40 des Hypothekengesetzes übereinstimmt, alle Gläubiger, welchen eine executionsreife Geldforderung zusteht, ein Recht auf Eintrag einer Hülfshypothek an den Immobilien ihrer Schuldner, soweit der betreffende Anspruch nicht bereits ausreichend durch Hypothek gesichert ist (Gerichtsord. §. 140).

Die nach dem Hypothengesetze noch streitige Frage, ob es noch eine executio ficta in dem Sinne gebe, dass eine von dem Schuldner abgegebene Erklärung, die Hülfe in das Grundstück für vollstreckt annehmen zu wollen, die Kraft eines gesetzlichen Rechtstitels (im Gegen-

satze zu einem nur auf Privatwillen beruhenden) zu beanspruchen habe, ist durch das Gesetzbuch indirect als verneint zu betrachten.

c. An sich verschieden hiervon ist der Fall, wenn der Grundstückseigenthümer auf Erfüllung eines mit einer anderen Person eingegangenen pactum hypothecae in Anspruch genommen und zur Erfüllung seiner Zusage rechtskräftig verurtheilt ist. Beim Mangel einer hierauf bezüglichen Bestimmung im Gesetze von 1843 liess sich für das zeitherige Recht nicht wohl anders annehmen, als dass durch eine derartige condemnatoria die Natur des Rechtstitels als eines auf Privatwillen beruhenden nicht umgewandelt werde. (Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht, S. 154.) Das Gesetzbuch entscheidet dagegen die Frage im entgegengesetzten Sinne und legt einer derartigen auf Hypothekenbestellung lautenden rechtskräftigen Entscheidung im §. 395 gleichfalls die Kraft eines gesetzlichen Rechtstitels bei.

B. Ihren Wirkungen nach weichen diese beiden Arten von Rechtstiteln wesentlich von einander ab. Während der auf Privatdisposition beruhende, bis zu seiner durch Eintrag der zugesagten Hypothek erfolgten Realisirung insofern von dem Willen des Verpfänders abhängig bleibt, als schon der einfache völlig unmotivirte Widerspruch des Letzteren genügt, um dem Hypothekenrichter die Verlautbarung der Hypothek vor der Hand und so lange nicht der Inhaber des Rechtsgrundes seinen Anspruch im Processwege ausgeführt hat, unmöglich zu machen, kommt den gesetzlichen Rechtsgründen gegenüber ein Widerspruch des Grundeigenthümers überhaupt nicht in Betracht. Hier ist es vielmehr der einseitige Antrag des mit dem Rechtstitel ausgestatteten Gläubigers, beziehentlich die Requisition der zu dessen Wahrnehmung berufenen Behörde (des Vormundschaftsgerichtes in den Fällen sub A, β. — des Processgerichtes in den

Fällen sub b. c.), welchem der Hypothekenrichter nachzugehen hat, dergestalt, dass selbst einer dagegen eingewendeten Appellation der Suspensiveffect zu versagen ist. Da, wo der Hypothekenrichter in den vorgenannten Fällen die Eigenschaft des Vormundschafts- oder Processrichters zufällig zugleich mit in sich vereinigt, hat er sogar mit der erforderlichen Eintragung von Amtswegen zu verfahren. Der Grundeigenthümer dagegen ist in allen diesen Fällen behufs der Geltendmachung seines etwaigen Widerspruchsrechtes lediglich auf die Ausführung im Rechtswege beschränkt.

Weiter sind aber auch die gesetzlichen Rechtstitel von den auf Privatwillen beruhenden dadurch ausgezeichnet, dass den ersteren gegenüber Widersprüche Dritter selbst da, wo solche in Form einer Protestation gegen Veräusserung und Verpfändung des Grundstückes auf dem betreffenden Grundbuchsfolium eingetragen worden (zu vgl. das oben im §. 61, III und im Zusatze dazu Gesagte), sich wirkungslos erweisen; derartige Protestationseinträge schützen also nur gegen die freiwillige Verpfändung, und nur der Eintrag eines in Gemässheit der Erläuterten Processordnung ad tit. LI. erlassenen allgemeinen Veräusserungsverbots (zu vgl. ob. §. 51, I. 2), welchem auch die von Amtswegen zu bewirkende Verlautbarung der Eröffnung des Concurses zu dem Vermögen des Folieninhabers gleichsteht, hemmen selbst den Eintrag der auf gesetzlichem Rechtstitel beruhenden Hypotheken. (§. 408 des B.G.B.).

Die Ausübung des durch den Titel begründeten Rechts auf Eintrag ist natürlich der Regel nach ausschliesslich in die Hand des Gläubigers gelegt, welchem die mit Rechtsgrund versehene Forderung zustehet, so dass es ganz von seinem Belieben abhängt, ob, wann und inwieweit er von dem Rechte Gebrauch machen wolle. Nur ganz ausnahmsweise hat man gewissen dritten Personen

wegen eines bei ihnen vorauszusetzenden eigenen Interesses das Recht eingeräumt, an der Stelle des antragsberechtigten Gläubigers die Verlautbarung der Hypothek zu beantragen. So schon in den §. 146 des Hypothekengesetzes erwähnten Fällen, eine Bestimmung, welche auch theilweise in das Gesetzbuch §. 1469 übergegangen ist (Recht des Bürgen auf Geltendmachung des dem Gläubiger zustehenden Titels zum Eintrage). Die insoweit für das frühere Recht gemachte Unterscheidung zwischen den auf Privatwillen beruhenden und den gesetzlichen Rechtstiteln der oben sub 2 a. gedachten Art (cf. Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht, S. 272 ff.) dürfte in der jetzigen Fassung des §. 1469, also für den Fall des Bürgen keine ausreichende Unterstützung mehr finden.

§. 72. Form des Hypothekeneintrags.

Der Hypothekeneintrag muss nach dem Hypothekengesetze §. 178 und der Gerichtsordnung §§. 137 ff. enthalten: den Betrag oder Gegenstand der zu sichernden Forderung, den Rechtsgrund, ferner Vor- und Zunamen des Gläubigers und die etwaigen Nebenforderungen an Zinsen und Kosten. Das hierbei in Betracht kommende Erforderniss der sogenannten Specialität bezieht sich theils:

a. auf das Pfandobject, theils

b. auf die zu sichernde Forderung.

ad a. hat man dabei an den oben §. 69, 2 erwähnten allgemeinen Grundsatz und die demgemässe Beseitigung von Generalhypotheken zu denken (§. 403 des B.G.B.). Indess schliesst jener Satz keineswegs die Möglichkeit einer gleichzeitigen Verpfändung einer Mehrheit von Immobilien für die nämliche Forderung aus, nur bedarf es, soweit die verpfändeten, verschiedenen Grundstücke mit selbständigen Folien versehen sind, der Wiederholung des betreffenden Hypothekeneintrages auf jedem einzelnen

Folium. Auch ist dabei durch eine Randbemerkung noch ausserdem kundbar zu machen, über welche verschiedenen Grundstücke sich die Hypothek gleichzeitig erstreckt. (§§. 155 ff. der Gerichtsordnung).

Sind dagegen die mehreren Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchsfolium vereinigt, so muss sich sogar die Hypothek immer auf den Gesammtcomplex erstrecken; die blosse Verpfändung einer Einzelparzelle ist ebenso unzulässig, wie die eines reellen oder ideellen Grundstückstheiles, Letzteres mit alleiniger Ausnahme im Falle des Miteigenthums (zu vergl. oben §. 67, I. und B.G.B. §. 388 verbunden mit §. 372).

ad b. In der Anwendung auf die Pfandschuld versteht man unter dem Principe der Specialität das Erforderniss einer im Hypothekeneintrage zu erfolgenden möglichst bestimmten Quantificirung der zu sichernden Forderung, und zwar muss dieselbe regelmässig in Geld ausgedrückt sein. Ist dieselbe auf Leistungen anderer Art gerichtet oder zur Zeit der Verpfändung ihrem Betrage nach noch ungewiss, so haben sich bei einer freiwilligen Pfandbestellung die Interessenten über eine in dem Hypothekeneintrag aufzunehmende Summe zu vereinigen, während in den im vorigen §. 71, 2 a. erwähnten Fällen eines gesetzlichen Rechtstitels die einseitige Angabe des Eintragsberechtigten, beziehentlich der requirirenden Behörde betreffs der Höhe der Forderung entscheidet, vorbehältlich der rechtlichen Ausführung eines Anderen seiten des Grundstückseigenthümers. Ausnahmen von dem Principe der Specialität sub b. treten ein:

1. bei jährlichen Rentenforderungen, wo schon die Angabe der einzelnen Jahresrente und ebenso bei Vertragszinsen, wo die Bezeichnung des Zinsfusses im Eintrage genügt;

2. bei Kostenforderungen, soweit sie als Neben-

forderungen in Betracht kommen sollen; hier bedarf es nur einer allgemeinen Verlautbarung;

3. bei Auszugsforderungen (§. 516 des B.G.B.).

§ 73. I. Umfang der Hypothek in Ansehung ihres Gegenstandes.

a. Im Betreff der Hauptsache.

Hier ist zunächst die Beschaffenheit des auf die verpfändete Sache bezüglichen Grundbuchsfoliums zur Zeit der Verpfändung zum Anhalt zu nehmen. Eine substantielle Minderung des hieraus sich ergebenden Bestandes des Pfandobjectes braucht sich der Hypothekarier nicht gefallen zu lassen. Er ist daher zwar nicht befugt, einer Veräusserung der Sache im Ganzen zu widersprechen, und dies selbst dann nicht, wenn ihm der Eigenthümer das Unterlassen einer derartigen Weiterveräusserung ausdrücklich zugesagt haben sollte (zu vergl. das oben §. 51 a. E. Gesagte). Dagegen darf die Dismembration des verpfändeten Grundstückskörpers ohne Genehmigung des Hypothekariers nicht erfolgen, selbst dann nicht, wenn der Erwerber des Trennstückes bereit sein sollte, die Hypothek auf letzterem forthaften zu lassen. Indessen war bei verhältnissmässiger Geringfügigkeit des Dismembrationsobjectes früher das vorgesetzte Bezirksappellationsgericht und ist gegenwärtig seit der Verordnung vom 3. August 1868, §. 1, die Grund- und Hypothekenbehörde, in deren Grund- und Hypothekenbuche das betreffende Grundstück eingetragen ist, ermächtigt, nach pflichtmässigem Ermessen die fehlende Einwilligung des Hypothekengläubigers in den Fällen der §§. 419 und 421, sowie des Realberechtigten in dem des §. 514 des B.G.B. zu ergänzen. Erfolgt diese Consenssupplirung, so ist dann ebenso, wie in dem Falle einer vom Gläubiger ohne Vorbehalt ertheilten Genehmigung der Dismembration, die Hypothek auf das für das Trennstück neu anzulegende Folium nicht mit zu übertragen (Hypothekengesetz §§. 57 ff. und B.G.B. §§. 419, 420). Umgekehrt kommt dem hy-

pothekarischen Gläubiger auch eine spätere Vermehrung des ursprünglichen Folienbestandes ipso jure zu Gute. Wegen des Hauptfalles der Hinzuschlagung eines anderen Grundstücks zu dem ursprünglich verpfändeten Immobile zu vergl. oben §. 60 und §§. 422, 423 des B.G.B.

b. In Betreff der Früchte und der beweglichen Zubehörungen der Pfandsache.

1. An der Fruchtziehung ist der Pfandschuldner an sich und der Regel nach durch das Bestehen der Hypothek nicht gehindert; insbesondre können die von ihm nach der Verpfändung erhobenen Früchte an sich nicht ohne Weiteres in Anspruch genommen werden; ein antichretischer Pfandvertrag kommt (schon mit Rücksicht auf die oben im Eingange des §. 70 erwähnten allgemeinen Grundsätze) nach dem Gesetzbuche §§. 476, 477 nur noch beim Pfandrechte an beweglichen Sachen vor. Für das frühere Recht zu vergl. Heyne, Commentar zum Hypothekengesetze Bd. I., S. 47 ff.

Will sich daher der Hypothekarier während des bestehenden Pfandnexus den Erlös aus den Grundstücksnutzungen sichern, so hat er (soweit die Voraussetzungen der hypothekarischen Klage im einzelnen Falle vorliegen) gerichtliche Sequestration des Grundstücks auszubringen, welche dann die Wirkung hat, dass der Reingewinn aus den vom Tage der Sequestrationsanlegung an zu erhebenden, natürlichen und bürgerlichen Früchten zu seiner Befriedigung verwendet werden muss. Rücksichtlich der fructus civiles ist jedoch hierzu nach dem Gesetzbuche §. 415 noch ausserdem vorauszusetzen, dass sie nach dem Beginne der Sequestration erst fällig geworden sind.

Nur bei solchen bürgerlichen Früchten, welche als Aequivalent für den einem Andern überlassenen natürlichen Früchtebezug erscheinen, z. B. Pachtzinsen, kommt

es nicht sowohl auf den Zeitpunct ihres Fälligwerdens als darauf an, wie viel von der Fruchtperiode, auf welche dieselben zu entrichten sind, in die Zeit nach der Sequestration pro rata temporis hereinfallen. Gleiche Grundsätze gelten im Falle des Concursausbruches zu dem Vermögen des Pfandschuldners zum Zwecke der Trennung der chirographarischen und hypothekarischen Masse*).

Kommt aber ausserhalb des Concurses das Grundstück zur Zwangsversteigerung, so fallen nur die natürlichen Früchte, soweit sie am Subhastationstage noch unerhoben sind, unter die pfandrechtliche Haftung, während auf bürgerliche Früchte der Hypothekarier in diesem Falle einen Anspruch überhaupt nicht zu machen hat (§. 414 des B.G.B.).

2. Die Erstreckung der Hypothek auf die beweglichen Zubehörungen des Pfandgrundstückes enthält nicht bloss eine Ausnahme von dem oben im Eingange des §. 70 erwähnten Principe, wonach Mobilien an sich nur in Form des Faustpfandes verpfändbar sind, sondern zugleich auch eine solche von der Regel des Ingrossationssystems, insofern der Hypothekeneintrag auf dem Folium der Hauptsache, obwohl solches nach der bei uns bestehenden Einrichtung über das Vorhandensein von dergleichen beweglichen Zubehörungen keine Auskunft giebt, dennoch ipso jure auf selbige zurückwirkt, und zwar gleichviel, ob sie auch erst später hinzugekommen sind oder nicht.

Bei den zum Betriebe eines Gewerbes, Fabrikge-

*) Die Vorschriften in den §§. 2 und 3 des Gesetzes vom 8. Juli 1868 „einige Bestimmungen über den Concurs betreffend" nehmen eine materielle Aenderung des Verhältnisses der Hypothekarier zu den übrigen Gläubigern nicht vor. Denn der §. 3 adoptirt nur das bei Zwangsversteigerungen ausserhalb des Concurses gebräuchliche Verfahren (vergl. §§. 13 ff. des Gesetzes vom 30. Juni 1868 und früher §§. 224—229 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865) zum Zwecke der Distribution unter die im Concurse jetzt absonderungsberechtigten Hypothekarier.

schäftes oder der Landwirthschaft eingerichteten Grundstücken werden aber die Gewerbsutensilien, die Fabrikeinrichtungen und das Gutsinventar den gesetzlichen Zubehörungen an sich zwar gleichgestellt, jedoch in der Regel nur insoweit, als sie die Eigenschaft von fixis vinctis haben, sowie bei den Mühlen und mit Dampf betriebenen Fabriken insoweit, als die betreffenden Zubehörungen zu dem sogenannten gehenden und treibenden Zeuge oder zu denjenigen Vorrichtungen gehören, welche zur Erzeugung resp. Weiterübertragung der bewegenden Kraft benützt werden (zu vgl. darüber ob. §. 27, II, 2 b. und Ann. N. F. Bd. II. S. 518 ff.). Noch ist aus §. 413 des B.G.B. zu folgern, dass durch die einseitige Aufhebung des Pertinenzialverhältnisses, und selbst durch die gesonderte Veräusserung der beweglichen Zubehörungen an Dritte diese Zubehörungen an sich zwar nicht aus dem Pfandnexus heraustreten; jedoch soll, wo eine derartige Veräusserung vorgekommen, der Hypothekengläubiger (wie dies schon nach dem Hypothekengesetze §. 66 bestimmt war) an den Dritten nur dann, wenn derselbe bei der Erwerbung sich in bösem Glauben befand, eine hierauf gestützte Ersatzklage haben, ein Grundsatz, den übrigens das Gesetzbuch auch auf solche bewegliche Sachen erstreckt, welche früher als förmliche Grundstücksbestandtheile zu betrachten gewesen.

§. 74. Fortsetzung. II. Umfang des Pfandrechtes in Ansehung der Forderung.

Was

1. die Hauptforderung anbelangt, für welche die Hypothek haftet, so braucht dieselbe zur Zeit der Eintragung weder fällig noch unbedingt zu sein, ja es kann sogar für erst künftig existirende Forderungen gültiger Weise eine Hypothek bestellt werden (z. B. Cautions- und Credithypotheken), und es hat dies die Folge, dass,

wenn nur zu der Zeit, wo die Verwendung des Erlöses des versteigerten Pfandgrundstückes zur Befriedigung des Pfandgläubigers in Frage kommt, die Bedingung eingetreten war oder eine gegenwärtige Forderung nunmehr erweislich existirt, das Rangverhältniss des betreffenden Gläubigers zu den übrigen, etwa concurrirenden jüngeren Pfandgläubigern sich auch hier lediglich nach der Zeit des Eintrags der Hypothek und nicht nach dem Zeitpuncte, wo die Bedingung eintrat oder die Forderung sonst zur Entstehung gelangte, bestimmt (§§. 370. 387. 389. 434 des B.G.B.). Bei den in den Fällen des §. 71, 2 a. auf Grund gesetzlichen Rechtstitels einzutragenden Hypotheken werden die sicherzustellenden Forderungen zwar häufig, aber nicht nothwendig, zu der Kategorie der bedingten oder zukünftigen gehören.

2. Ausser für die versicherte Hauptforderung selbst kann die Hypothek

a. auch für gewisse Nebenforderungen zu haften haben. Die ältere Sächsische Praxis vom Standpuncte der damaligen gemeinrechtlichen Doctrin aus liess eine solche Haftung nicht bloss in Ansehung aller derjenigen Erweiterungen des Forderungsrechtes, welche nur mit der aus der Hauptforderung entspringenden Klage verfolgbar sind, sondern sogar auch rücksichtlich der versprochenen Zinsen schon ipso jure eintreten. Das Hypothekengesetz §§. 67 ff. hat dies zu Gunsten des Ingrossationssystems auf die Verzugszinsen (denen man jedoch, wie es auch jetzt das Gesetzbuch in §. 416 ausdrücklich thut, die sogenannten Legalzinsen gerichtsbräuchlich gleichstellte) eingeschränkt. In Betreff der Kosten und der Vertragszinsen erfordert es ausdrückliche Verlautbarung im Hypothekenbuche, wenn auch nur in der oben in §. 72 a. E. gedachten allgemeinen Weise. Falls übrigens die Hypothek zu der Classe der sogenannten Cautions-, Credithypotheken u. s. f. gehört, bei welchen nur eine vorläufige

Haftsumme als Maximalgrenze in dem Hypothekeneintrage angegeben ist, so können selbst etwaige Verzugszinsen nur insoweit auf Befriedigung aus dem dereinstigen Pfanderlöse rechnen, als einschliesslich der Haupt- und etwaigen sonstigen Nebenforderungen die gedachte Haftsumme nicht überstiegen wird.

b. Eine noch weiter gehende Beschränkung tritt particularrechtlich dann ein, wenn der Erlös des verpfändeten Grundstückes nicht zur Deckung aller darauf versicherten Forderungen hinreicht. Solchenfalls kommen Zinsrückstände aller Art, vorausgesetzt, dass sich die Hypothek dem Vorbemerkten zu Folge, sei es nach der Fassung des Eintrags, sei es vermöge Gesetzes, überhaupt auf solche erstreckt, nicht weiter als auf die letzten drei Jahre rückwärts mit dem Capital gemeinschaftlich in Ansatz. Vor 1843 galt solches nur für den Fall des Concursausbruches zu dem Vermögen des Pfandschuldners, das Hypothekengesetz erstreckte jedoch den Grundsatz auch auf die Zwangsversteigerung ausserhalb des Concurses, so dass jener dreijährige Zeitraum nunmehr vom Tage der Concurseröffnung resp. Zwangsversteigerung zu berechnen ist. Für ältere Zinsrückstände kann sich der Gläubiger die Perceptionsberechtigung nur durch frühere Klagerhebung sichern, indem dann der Tag der Klaginsinuation den terminus a quo für jene dreijährige Periode bilden sollte. Das Gesetzbuch im §. 417 weicht in letzterer Beziehung nur insoweit ab, als es auch hier schon den Tag der Klageinreichung für entscheidend erklärt, und als es die vom Hypothekengesetze zur Bedingung gemachte unausgesetzte Fortstellung des Processes auch noch dann als vorhanden annimmt, wenn der Process nicht über drei Monate liegen geblieben ist Den nämlichen Grundsatz wendet übrigens das Hypothekengesetz §. 70 auch auf Auszugs- und Leibrentenrückstände an und das Gesetzbuch erstreckt denselben sogar auf Rückstände wieder-

kehrender Leistungen aller Art, sobald sie hypothekarisch versichert sind. Anlangend endlich die ohne eine gewisse Haftsumme eingetragenen Kosten, so bestimmte das Hypothekengesetz §. 71 ein Maximum, über welches hinaus dieselben in den oben bezeichneten Fällen des Concurses oder der Unzulänglichkeit des Pfanderlöses ausserhalb desselben nicht zur Perception gelangen sollen, und zwar von 50 Thalern resp. 10 Thalern, je nachdem die Hauptforderung den Betrag von 50 Thalern übersteigt oder nicht.

Das Gesetzbuch §. 418 dagegen setzt ersteres Quantum unterschiedslos fest.

§. 75. Gerichtliche Geltendmachung der Hypothek. (Pfandklage.)

Man hat hier zu unterscheiden:

I. die Wirkung der Hypothek an und für sich betrachtet und

II. im Falle des Zusammentreffens derselben mit anderen Hypotheken an derselben Sache.

Ad I. haben die desfalls bestehenden gemeinrechtlichen Grundsätze schon durch das Hypothekengesetz §§. 79 ff. insofern eine wesentliche Umgestaltung erfahren, als dem Hypothekarier als solchem nie mehr ein Anspruch auf Einräumung des Besitzes an den verpfändeten Grundstücken zusteht, vielmehr kann derselbe behufs seiner Befriedigung aus dem Immobile dermalen überhaupt nur noch den doppelten Weg entweder der Zwangsversteigerung oder der gerichtlichen Sequestration des Grundstückes einschlagen. Auf Durchsetzung dieser beiden Massregeln beschränkt sich daher auch bei uns Zweck und Richtung der Pfandklage (§. 424 des B.G.B.). Hieraus folgt:

1. dass sich die Person des Beklagten nicht mehr danach bestimmt, wer das verpfändete Immobile in

natürlichem Besitze habe, sondern lediglich danach, wer augenblicklich im Grund- und Hypothekenbuche als dessen Eigenthümer eingetragen steht. Denn nur dieser erscheint zur civilrechtlichen Vertretung des Grundstücks legitimirt, und somit ist auch nur gegen ihn resp. gegen seine Erben (auch gegen den noch nicht eingetragenen) ein executionsmässiger Zwang, die Sequestration und Subhastation des Grundstücks geschehen zu lassen, denkbar. Für das frühere Recht des Hypothekengesetzes anderer Meinung ist Heyne, Comm. Bd. I. S. 331, jetzt aber zu vgl. §. 425 des B.G.B. Ob der dermalen eingetragene Eigenthümer gleichzeitig der ursprüngliche Verpfänder sei oder nicht, ist an sich gleichgültig und macht nur für die etwaige Cumulirung der Pfandklage mit der persönlichen Schuldklage einen Unterschied. (Davon weiter unten sub 3.)

Anspruch auf Erstattung der Verwendungen wie bei der Eigenthumsklage, zu vgl. ob. §. 65 a. E., hat weder der ursprüngliche Verpfänder, noch der spätere Erwerber des Pfandgrundstückes (§. 410 des B.G.B.).

2. Um die Wirksamkeit der actio hypothecaria zu erhöhen, hatte schon dec. VII. v. 1746 dem mit derselben belangten. späteren Erwerber des verpfändeten Grundstücks die ihm gemeinrechtlich zustehende exceptio excussionis (personalis), d. h. die Befugniss abgesprochen, den Kläger zunächst an den persönlichen Schuldner verweisen zu können, und auch das Hypothekengesetz §. 79 verstattete, wie es das Gesetzbuch in §. 426 gleichfalls thut, dem Gläubiger in diesem Falle vollkommen freie Wahl, ob derselbe zunächst die persönliche oder die Pfandklage, oder beide gleichzeitig anstellen wolle.

3. Die gleiche Wahl steht dem Hypothekarier, wie schon nach gemeinem Rechte auch dann zu, wenn die persönliche und die Pfandklage gegen die nämliche Person gehen. Hier darf er beide Klagen sogar in demselben Libell verbinden, und zwar kann dieser Fall nicht bloss

gegen den ursprünglichen Verpfänder, sondern auch gegen den späteren Erwerber der Pfandsache vorkommen, falls nämlich dieser nicht bloss in den Pfandnexus, sondern zugleich auch in das persönliche Schuldverhältniss eingetreten sein sollte. Ob und inwieweit Letzteres der Fall sei, ist an sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Schuldübernahme zu beurtheilen. Das Hypothekengesetz §. 90 nahm solches schon dann an, wenn der neue Acquirent bei Erwerbung des Grundstückes von dem gleichzeitigen persönlichen Schuldner die fragliche Hypothek, sei es auch nur diesem gegenüber, ausdrücklich in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen haben sollte. Indessen beschränkte es die Dauer dieser, sowie in andern Fällen einer ausdrücklichen Schuldübernahme eintretenden persönlichen Haftung beim Mangel entgegenstehender Verabredungen nur auf die Besitzzeit des neuen Erwerbers. Mit der Weiterveräusserung des Grundstücks also, mochte dieselbe eine freiwillige oder necessäre sein, liess es jene Haftung von selbst wieder erlöschen, ausgenommen den Fall, wenn der Gläubiger den Erwerber bereits vor der Weiterveräusserung mit der persönlichen Klage belangt hatte, und selbst abgesehen hiervon mit Ausnahme der aus der Besitzzeit des Erwerbers herrührenden Zinsrückstände von solchen in obiger Maasse übernommenen Capitalforderungen, für welche der Grundstückseigenthümer auch über seine Besitzzeit hinaus mit seinem sonstigen Vermögen unbedingt zu haften haben sollte. Das Gesetzbuch, bei sonstiger Conformität mit diesen Grundsätzen, modificirt dieselben in §. 432 nur insofern, als es

a. ein persönliches Forderungsrecht des Hypothekengläubigers gegen den neuen Acquirenten des Grundstücks aus einem von diesem mit seinem Auctor getroffenen Uebereinkommen der obgedachten Art in Uebereinstimmung mit der Vorschrift des §. 854 des B.G.B. nur dann

für begründet erklärt, wenn der Gläubiger dem Uebereinkommen beigetreten sei, und als es

b. die Perpetuirung der persönlichen Haftung des neuen Erwerbers über dessen Besitzzeit hinaus schon an die vorgängige Klageinreichung knüpft.

4. Fälligkeit der Pfandschuld ist übrigens jetzt unbedingte Voraussetzung der Pfandklage (§. 429 des B.G.B.). Gleichwohl gehet die letztere, sobald sie rein und ohne Cumulirung mit der persönlichen angestellt wird, nicht direct auf Bezahlung der Pfandschuld, sondern nur indirect insofern, als der Pfandschuldner die Klage durch Tilgung der Forderung des klagenden Gläubigers jederzeit von sich abwenden kann (§. 430 des B.G.B.). Ein mehreres, als diese blosse facultas alternativa darf auch mit der für hypothekarische Klagen in praxi zeither üblichen Formulirung des Klaggesuches wie der darauf folgenden condemnatoria nicht als verbunden gedacht werden („dass der Beklagte die in der Klage gedachte Forderung sammt Zinsen etc. bei Vermeidung der Subhastation resp. Sequestration zu bezahlen schuldig" —), so dass also der Kläger auf Grund einer solchen Verurtheilung nicht Hülfsvollstreckung in das sonstige Vermögen des Pfandschuldners, selbst wenn er gleichzeitiger persönlicher Schuldner sein sollte, zu beantragen berechtigt ist. Ein Anderes tritt natürlich dann ein, wenn im einzelnen Falle der Gläubiger beide Klagen, die Pfandklage und die persönliche, cumulirt haben sollte.

Ad II. Bei einer C o n c u r r e n z m e h r e r e r H y p o t h e k e n auf demselben Folium bestimmt die Reihenfolge ihres Eintrags ihr gegenseitiges Rangverhältniss (§. 434 des B.G B. verb. mit §. 143 der Gerichtsord.). Sollen mehrere hintereinander eingetragene Forderungen gleichen Rang haben, so muss dies aus der Fassung des Eintrags hervorgehen. Auch kann von dem älteren Hypothekarier zu Gunsten aller oder einzelner der ihm nachstehenden

Forderungen auf sein Vorzugsrecht entweder verzichtet oder an den Einen oder Andern von ihnen sein Vorzugsrecht abgetreten werden. Es ist jedoch sein diesfallsiger Verzicht resp. seine Nachtrittserklärung, um gegen Dritte wirksam zu werden, besonders auf dem Folium zu verlautbaren (§. 440 des B.G.B., verb. m. §§. 162 ff. der Gerichtsord.).

Das Recht zu Erhebung der Pfandklage oder der Ausbringung der Sequestration ist von dem gegenseitigen Rangverhältnisse unabhängig; nur kann im Falle der Sequestrationsanlegung ein dem Antragsteller vorgehender Hypothekarier verlangen, dass die Sequestration zunächst zu seinen Gunsten fortgesetzt werde (§§. 435, 436 des B.G.B.). Auch steht nach einer von einem Hypothekarier beantragten Zwangsversteigerung seinen Mithypothekariern das Recht zu, den Antragsteller mit dem Anspruche auf Eintragung an dessen Stelle zwangsweise abzufinden. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob dieses sogenannte jus offerendi nur dem nachstehenden Pfandgläubiger im Verhältniss zu dem ihm Vorgehenden einzuräumen sei, ist bei uns im verneinenden Sinne entschieden, wohl aber soll bei einer Mehrheit oblationsberechtigter Hypothekarier abweichend von dem gemeinen Rechte jedesmal der Inhaber der späteren Hypothek den übrigen vorgehen.

Uebrigens wird durch die Ausübung dieses Ablösungsrechtes nicht bloss das Pfandrecht des Abgefundenen, sondern auch dessen Forderung durch den nachfolgenden Eintrag erworben. Der Einwilligung des Schuldners bedarf der das jus offerendi Ausübende nicht; sollte der abzufindende Gläubiger die Annahme der Zahlung verweigern, so kann letztere mit gleicher Wirkung auch gerichtlich deponirt werden (Hypothekengesetz §. 96, verb. mit §§. 446 ff. des B.G.B.).

§. 76. **Uebergang der Hypothek.**

I. Universalsuccession.

Wird eine hypothekarische Forderung auf Jemand vererbt (i. e. S., nicht vermacht), so bedarf es (im Gegensatze zu dem ob. §. 59. II. über die Nothwendigkeit des Besitzereintrags zu Gunsten des Erben Bemerkten) nicht erst der Verlautbarung dieses Ueberganges im Hypothekenbuche, um den Erben zum Inhaber der Forderung sammt Hypothek zu machen. Vielmehr genügt zur Geltendmachung einer derartigen ererbten hypothekarischen Forderung auch schon der auf andere Weise zu erbringende Nachweis seiner Erbenqualität (§§. 385 und 437 des B.G.B.). Nur bei einer Mehrheit von Erben sollte dies (und zwar nach §§. 186 und 187 des Hypothekengesetzes) auch nur dann eine Ausnahme leiden, wenn Einer oder Einzelne von ihnen über die ihnen angefallenen Forderungstheile durch Cession, Verpfändung u. s. f. besonders verfügen wollen. In diesem Falle wurde die vorherige Eintragung des oder der Erben als solcher für unerlässlich erklärt. Das Gesetzbuch erwähnt (§. 438 a. E.) nur noch den Fall der Abtretung der den einzelnen Miterben zugefallenen Forderungsantheile unter sich (zu vergl. §. 2287 des B.G.B.).

II. Singularsuccession.

In allen Fällen der Einzelnachfolge dagegen, sei es nun, dass dieselbe durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf den Todesfall oder durch Gesetz oder durch richterliche Entscheidung vermittelt werde, geht die Hypothek erst durch deren Umschreibung im Hypothekenbuche auf den neuen Erwerber über, und zwar gilt hier der wichtige Grundsatz, dass auch zugleich der Uebergang der dem Pfandrechte zu Grunde liegenden persönlichen Forderung, so viel das Rechtsverhältniss zum Pfandschuldner und zu Dritten anlangt, von der zuvor erfolg-

ten Umschreibung der Hypothek bedingt sei (§. 438 des B.G.B.), ein Satz, den das Hypothekengesetz in §. 84 nur von dem allerdings gewöhnlichsten Falle der freiwilligen Abtretung der hypothekarischen Forderung aussprach, den aber das Gesetzbuch in obiger Weise generalisirt. Folge hiervon ist, dass z. B. der Cessionar vor der Umschreibung der Hypothek selbst nicht einmal zur Anstellung der persönlichen Schuldklage gegen den debitor cessus legitimirt erscheint, und ebensowenig nach ausgebrochenem Concurse zu dem Vermögen seines Cedenten die ihm als Dritte gegenüberstehenden Gläubiger des Letzteren zu Anerkennung der Cession und deren nachträglicher Verlautbarung im Hypothekenbuche (etwa analog den über die nachträgliche Verschaffung des Besitzereintrages geltenden Grundsätzen seiten der Gläubigerschaft des Verkäufers vgl. oben S. 216, §. 59, IV., a. E.) nöthigen könne. Andererseits kann aber die noch nicht eingetragene Cession keineswegs als völlig wirkungslos gelten, insofern sie dem Cessionar jedenfalls gegen seinen Cedenten den Anspruch auf Umschreibung im Hypothekenbuche, resp. auf Entschädigung, falls er über die Forderung anderweit verfügt haben sollte, gewährt, und insofern sie auch nachträglich gegen den cessus und dessen Gläubiger dadurch Gültigkeit erlangen kann, dass die abgetretene Forderung die Eigenschaft einer hypothekarischen, z. B. durch Erlöschung der Hypothek in Folge der Zwangsversteigerung verliert.

Besonders ausgezeichnete Fälle der Einzelnachfolge in die Forderung sammt Hypothek bilden neben dem Falle der freiwilligen Cession noch

1. das im vorigen Paragraph a. E. erwähnte Ablösungsrecht, sowie

2. das sogenannte Eintretungsrecht (jus succedendi), vermöge dessen auch ein Nichtmithypothekarier, welcher einen Hypothekengläubiger befriedigt, unter Umständen,

und zwar dann selbst ohne vorgängige Cession, das Recht erwirbt, sich als Rechtsnachfolger des abgefundenen Gläubigers im Hypothekenbuche eintragen zu lassen. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind:

a. Der Zahlende kann sein ein beliebiger Dritter, dieser jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, einmal: dass der Gläubiger ohnehin nach Lage der Sache verpflichtet gewesen wäre, von seinem Schuldner Zahlung anzunehmen und sodann, dass der Schuldner seine Einwilligung zu dem Eintritte des Abfindenden in die Hypothek ertheilt (Hypothekengesetz §. 95. B.G.B. §. 445.). Dieses unserem älteren Sächsischen Rechte unbekannte jus succedendi ist zuerst durch Gouvernementspatent vom 10. Januar 1815 §. 1 bei uns wieder zur gesetzlichen Anerkennung gelangt.

Durch Aufstellung jenes zweiten der oben gedachten Requisite ist übrigens zugleich die Möglichkeit anerkannt, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber auf jenes Einwilligungsrecht im Voraus wirksam verzichten, der Gläubiger also auf diesem Wege gegen die Ausübung des Eintretungsrechtes sich sicherstellen könne und in dem in §. 98 Abs. 2 des Hypothekengesetzes verb. mit §. 449 des B.G.B. gedachten Falle einer stipulirten terminweisen Zahlung und jedesmal nachfolgender Löschung des gezahlten Termines, wird auf Grund der Annahme eines hierin liegenden stillschweigenden Verzichtes das Eintretungsrecht betreffs der älteren Termine für ausgeschlossen erklärt.

b. Der Zahlende kann aber auch sein der persönliche Schuldner, welcher das verpfändete Grundstück unter Ueberweisung der Hypothek an einen Andern veräussert hatte, von dem Gläubiger aber nachmals mit der persönlichen Klage auf Bezahlung der Schuld in Anspruch genommen worden war. Hier erwirbt er durch die Zahlung ohne Weiteres, also unabhängig von einer hinzu-

tretenden Einwilligung des jetzigen Eigenthümers des verpfändeten Grundstücks das Recht, auf dem Folium des letzteren die betreffende Hypothek auf sich umschreiben zu lassen (Hypothekengesetz §. 99 verb. mit §. 441 des B.G.B.).

3. Endlich statuirt auch das Gesetzbuch in noch ausgedehnterem Maasse als dies bereits das gemeine Recht thut, die Möglichkeit, dass sogar der Besitzer des verpfändeten Grundstücks die auf letzterem haftende Hypothek selbst erwerbe. Derselbe kann nämlich

a. dann, wenn er den Gläubiger befriedigt, von Letzterem statt der an sich auszustellen gewesenen Löschungserklärung nach seiner Wahl auch Umschreibung der Forderung sammt Pfandrecht auf seinen Namen verlangen. Durch diese Umschreibung der Forderung erlangt er dann das Recht, die Forderung an einen Dritten sammt Hypothek mit dem bisherigen Rangverhältnisse weiter zu cediren (Hypothekengesetz §. 117. §. 442 des B.G.B.). Es beruht dieses Recht des Pfandschuldners auf ähnlichen Motiven wie das oben ad 2, a. gedachte Eintretungsrecht, insofern durch das eine wie das andere dem Pfandschuldner die Möglichkeit eröffnet werden soll, durch Gewährung einer Hypothek mit nach Befinden bevorzugter Rangstellung ohne Benachtheiligung der zeitherigen Rechte der übrigen auf dem Folium eingetragenen Gläubiger sich einen erhöhten Credit behufs fernerer Darlehensaufnahme zu verschaffen. Von einem Eintritte in die Forderung im Gegensatze zu der damit verbundenen Hypothek kann deshalb hier auch nur uneigentlich die Rede sein.

Macht der Schuldner aber von der Befugniss der anderweiten Hypothekenbestellung unter der Form der Weitercedirung der Forderung keinen Gebrauch, und gelangt das verpfändete Grundstück, so lange er selbst noch als Inhaber der fraglichen Hypothek eingetragen steht, zur nothwendigen Subhastation (gleichviel ob innerhalb

oder ausserhalb des Concurses), so haben die am Tage der Zwangsversteigerung auf dem Grundstücke versicherten Gläubiger Anspruch darauf, dass die auf den Pfandschuldner überschriebene Hypothek bei der Vertheilung der Licitalgelder ebenso unberücksichtigt gelassen werde, als sei sie seiner Zeit gelöscht worden. Unter der oben (2, a. a. E.) gedachten Voraussetzung cessirt übrigens das hier fragliche Recht gleichfalls (B.G.B. §§. 444 und 449.). Ebenso ist

b. der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, der eine darauf eingetragene Forderung, z. B. durch Erbgang oder auf andere Weise erwirbt, das an sich durch Consolidation erloschene Pfandrecht auf einen Dritten mit der bisherigen Rangstellung zu übertragen berechtigt. Für den Fall einer früheren Zwangsversteigerung gilt jedoch auch hier hinsichtlich des Rangverhältnisses der sonst auf dem Grundstücke eingetragenen Hypothekarier das oben (zu a. a. E.) Bemerkte (Hypothekengesetz §. 119 verb. mit §§. 443, 444 des B.G.B.). Zugleich wird übrigens in §. 443 des B.G.B. der an sich nicht hierher gehörige Fall mitberührt, wenn ein Hypothekengläubiger umgekehrt das Eigenthum an dem Pfandgrundstücke erwirbt, und zwar wird derselbe in dem nämlichen Sinne erledigt, wie der obige.

§. 77. Von der Erlöschung der Hypothek.

Auch für die Erlöschung der Hypothek bildet ein im Hypothekenbuche diesfalls zu bewirkender Eintrag zwar in der Regel die nothwendige Vermittelung, keineswegs aber so ausnahmslos, wie dies für die Entstehung gilt.

1. Es giebt nämlich einige Thatsachen, welche auch ohne Verlautbarung auf dem Folium die Erlöschung schon ipso jure herbeiführen. Sie sind:

a. Untergang des verpfändeten Grundstücks. Wegen der Brandentschädigungsgelder im Falle der Zer-

störung eines Gebäudes durch Feuer ist zu vergl. Gesetz, das Immobiliarversicherungswesen betr., vom 23. August 1862, §§. 92 ff.

b. Ablauf der Zeit, auf welche eine Hypothek bestellt ist. Hier ist jedoch vorausgesetzt, dass diese Zeitbeschränkung im Grund- und Hypothekenbuche verlautbart sei. Doch selbst wenn letzteres geschehen, wird das Pfandrecht über diesen im Hypothekenbuche bemerkten dies hinaus perpetuirt, wenn vor dem Eintritte des dies der Concurs des Hypothekenschuldners eröffnet oder die Pfandklage angestellt wurde (§. 451 des B.G.B.).

c. Endlich gehört nach dem Hypothekengesetze §§. 104 und 124 auch noch der Fall der Zwangsversteigerung hierher, insofern deren Vornahme die Erlöschung sämmtlicher auf dem subhastirten Grundstücke haftenden Hypotheken ohne Weiteres zur Folge haben sollte. Das bürgerliche Gesetzbuch dagegen nähert diesen Fall mehr der nachfolgenden zweiten Kategorie, den sogenannten Löschungsgründen, d. h. es lässt jene Erlöschung der Hypotheken erst mit dem Augenblicke der, aber freilich von Amtswegen zu geschehenden, Kundmachung der vollzogenen Subhastation eintreten (§. 452 des B.G.B. verb. mit §. 199 der Gerichtsord.).

Die von Siegmann Commentar Bd. I. S. 357 aufgestellte Ansicht, dass das Erlöschen der Hypotheken hier sogar erst mit der Eintragung des Erstehers, also nach der Adjudication des Grundstückes an diesen eintrete, ist mit der Fassung des Gesetzes nicht füglich in Einklang zu bringen, obschon freilich mit dem Rückgängigwerden der Subhastation auch die Wiederherstellung der früheren Schuldenrubrik einzutreten haben wird (§. 465 des B.G.B.).

2. Alle übrigen möglichen Endigungsgründe geben immer nur einen Rechtstitel auf Löschung ab, d. h. sie können von den Betheiligten dazu benutzt werden,

um die Löschung der Hypothek bei der Grund- und Hypothekenbehörde zu beantragen. Nach §. 100 des Hypothekengesetzes in Verb. m. §§. 454 ff. des B.G.B. sind dies folgende:

a. Eintritt einer der Forderung oder deren Pfandrechte beigefügten Resolutivbedingung.

b. Verzicht auf die Hypothek oder die Forderung. Ein Beispiel einer stillschweigenden Verzichtleistung wegen vorbehaltloser Genehmigung der Dismembration (freilich nur in Ansehung des Trennstückes) findet sich oben §. 73, I. a. Ebenso soll dann, wenn die Forderung ausdrücklich ohne Hypothek abgetreten sein sollte, wegen der vermöge der accessorischen Natur der letzteren ausgeschlossenen Möglichkeit, dieselbe getrennt von der Forderung fortbestehen zu lassen, hierin ein Verzicht auf die Hypothek und insofern ein Titel zur Löschung liegen (§. 456 des B.G.B.).

c. Zusammentreffen des Eigenthums am verpfändeten Grundstücke und der eingetragenen Forderung in ein und derselben Person, sofern nicht der Eigenthümer von seinem Rechte der Ueberschreibung der Hypothek auf sich selbst (vgl. den vorigen Paragraph a. E.) Gebrauch macht.

d. Tilgung der Forderung, beziehentlich unter gleicher Voraussetzung.

e. Rechtskräftige Entscheidung.

f. Verjährung kann als Titel zur Löschung schon zu Folge der Vorschrift in §. 28 des Hypothekengesetzes nur unter Umständen dann in Betracht kommen, wenn sie bereits vor Eröffnung des betreffenden Hypothekenbuchsfoliums abgelaufen war. Demgemäss spricht auch §. 462 des B.G.B. der Verjährung die Eigenschaft eines Löschungstitels überhaupt ab (zu vergl. das oben §. 39 a. E. Bemerkte), wodurch aber nicht als ausgeschlossen betrachtet werden kann, dass die nach Veräusserung des

Pfandgrundstückes bei dem ursprünglichen Verpfänder zurückbleibende rein persönliche Klage nunmehr der Erlöschung durch Verjährung zugänglich wird.

g. Gerichtliche Cassationserklärung auf Grund vorausgegangenen Edictalerlasses. Hierzu cfr. Osterloh, summ. Proc. §§. 117 ff. Die von dem Hypothekengesetze §. 123 an die Stelle der früheren 40jährigen Frist festgesetzte von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, deren Ablauf zur Begründung des Antrages auf Einleitung des Edictalverfahrens nachgewiesen sein musste, ist von dem Gesetzbuche §. 461 noch weiter, und zwar auf 30 Jahre herabgesetzt; indessen erscheint durch diesen Fristenablauf in Gemässheit des soeben ad f. Gesagten nur noch eine Vermuthung des Erloschenseins der Hypothek durch Tilgung, aber nicht mehr die Präsumtion einer Verjährung begründet.

§. 78. Von der Zwangsversteigerung.

Bei Ausübung seines Distractionsrechtes ist der hypothekarische Gläubiger nach Sächsischem Rechte, im Gegensatze zu dem gemeinen, unbedingt an die Form der gerichtlichen Zwangsversteigerung gebunden. Die den älteren gesetzlichen Bestimmungen (c. 31. pte. I. A. u. E. P. O. XXXIX) entsprechende, von Einzelnen noch vertheidigte gegentheilige Meinung (cf. die bei Curtius Handbuch §. 1090, Note c. Angef.) erscheint schon nach dem Hypothekengesetze §. 80 nicht ferner haltbar, und ist durch Gesetzbuch §. 424 noch deutlicher reprobirt worden. Eine die gesetzliche Form des Pfandverkaufes modificirende Verabredung der Interessenten vor Verfall der Pfandschuld ist sogar nach §. 383 des B.G.B. ausdrücklich für nichtig erklärt worden. In dem Falle der Eröffnung des Concurses zum Vermögen des Pfandschuldners verschritt das Concursgericht früher schon von Amtswegen zu der Subhastation der dem Gemeinschuldner

gehörigen Immobilien, jetzt, seit dem Gesetze vom 8. Juli 1868 §. 3, thut es dies auf Antrag, zu dessen Stellung der Gütervertreter und jeder Gläubiger berechtigt sind, und die Befriedigung der jetzt nach §. 2 des erwähnten Gesetzes absonderungsberechtigten Hypothekarier hat nach den für den Concursprocess geltenden Grundsätzen — wie sie dermalen im §. 1 des Gesetzes vom 8. Juli 1868 enthalten sind — zu erfolgen. Dagegen bedarf es ausserhalb des Concurses zu Herbeiführung der Zwangsversteigerung seiten eines einzelnen Gläubigers in der Regel und wenn die ihm zustehende Hypothek nicht etwa auf einer vorgängigen Hülfsvollstreckung in das Immobile beruht, der vorherigen Anstellung der hypothekarischen Klage. Eine im Verfolg der letzteren nochmals vorzunehmende Hülfsvollstreckung in das Grundstück, wie sie das ältere Recht vorschrieb, ist nach dem oben §. 71.1, b S. 267 Bemerkten gegenwärtig nur noch insoweit nöthig, resp. zulässig, als die bereits bestehende Hypothek die ausgeklagte Forderung nicht vollständig deckt. Die Vornahme der Subhastation bei Allodialgrundstücken hat das Processgericht, falls es nicht selbst gleichzeitig Grund- und Hypothekenbehörde sein sollte, der letzteren zu überlassen (A.V.O. zum Hypothekengesetze vom 15. Februar 1844 §. 10 verb. m. Gerichtsord. §. 199.). Der die Zwangsversteigerung vollziehende Richter ist insoweit weder als Mandatar des Pfandgläubigers noch als der des Pfandschuldners zu betrachten, sondern handelt hierbei im eigenen Namen, vermöge der ihm zustehenden Amtsgewalt. Wie er daher dem Ersteher des Grundstücks als alleiniger Mitcontrahent gegenüberstehet und dieser von ihm die Erfüllung des abgeschlossenen Kaufes zu beanspruchen hat, so ist auch andererseits lediglich der Richter als Inhaber der Licitalgelderforderung anzusehen, obwohl mit der ihm durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung, die bei ihm eingehenden Erstehungsgelder zur ordnungsmässigen Be-

friedigung der Gläubiger zu verwenden, resp. den etwaigen Ueberschuss an den Pfandschuldner herauszuzahlen. Schneider in d. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XII. S. 385.

Zur Sicherstellung dieses Erstehungsgelderanspruchs, soweit nicht alsbald baare Zahlung erfolgt, ist nach geschehener Adjudication des Grundstücks an den Ersteher eine auf das Subhastationsgericht lautende Hypothek an dem Grundstücke einzutragen. Ueber die Art und Weise der Befriedigung der etwa vorhandenen mehreren Gläubiger ist sodann ein Vertheilungsplan zu entwerfen und den Betheiligten bekannt zu machen. Ueber die bei der Vertheilung einschlagenden Grundsätze ist zu vgl. für das frühere und neuere Recht Justizmin.-Verord. im Wochenbl. von 1853 S. 38 ff., ferner Siegmann, Ann. N. F. Bd. II. S. 115 ff., III. S. 145 ff., endlich für das neueste Recht Gesetz vom 30. Juni 1868, §§. 17 ff. und dazu Siegmann, Annalen N. F. Bd. IV. S. 489 ff. Sind mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung gleichzeitig verpfändet, so hat der hypothekarische Gläubiger an sich vollkommen freie Wahl, welches von ihnen er zuerst zur Versteigerung bringen lassen wolle, während andererseits der Schuldner der durch das voraussichtliche Bedürfniss nicht gebotenen gleichzeitigen Versteigerung sämmtlicher Pfandgrundstücke zu widersprechen berechtigt ist (§§. 379, 380 des B.G.B.). Sind aber die mehreren Grundstücke, sei es wegen voraussichtlicher Unzulänglichkeit des einen, sei es aus andern Gründen, dergestalt gleichzeitig zur Subhastation gelangt, dass eine gemeinschaftliche Abfassung der betreffenden Vertheilungspläne thunlich erscheint, so muss sich der Hypothekarier im Interesse der etwa vorhandenen, nachstehenden Pfandgläubiger nach Befinden auch eine antheilige Anweisung an die verschiedenen Licitalgeldermassen gefallen lassen, soweit hierdurch die

Vollständigkeit und Raschheit seiner Befriedigung nicht beeinträchtigt wird.

§. 79. Princip der Publicität und Vormerkung.

Das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches in dem oben S. 223 §. 61. II. gedachten Sinne macht sich auch im Bereiche des Hypothekenrechtes in ganz gleicher Weise geltend. Anwendungsfälle finden sich theils im Hypothekengesetze §§. 23 ff., theils im bürgerlichen Gesetzbuche §§. 409, 429 Abs. 2, 463, 465. Ebenso leidet das oben §. 61, II. 3 von der Wahrung des persönlichen Rechtstitels durch Protestation Gesagte hier gleichfalls Anwendung. Als eine besonders ausgezeichnete Unterart solcher conservatorischer Einträge erscheint jedoch hier die speciell nur auf das Gebiet des Hypothekenrechts beschränkte sogenannte Vormerkung, d. h. die vorläufige Verlautbarung einer mit Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek versehenen Forderung, deren endgiltiger Eintrag aber wegen eines das Wesen der Forderung oder des Rechtsgrundes nicht berührenden und voraussetzlich noch zu beseitigenden Mangels oder Hindernisses nicht sofort erfolgen kann. Hierdurch wird der Forderung nicht allein für den Fall eines bis zu Beseitigung jenes Mangels am Grundstücke etwa eintretenden Besitzwechsels dem neuen Acquirenten gegenüber die Wirksamkeit des Rechtstitels, sondern auch im Verhältnisse zu den in der Zwischenzeit etwa neu eingetragenen Pfandgläubigern ihre bevorzugte Stellung gewahrt. Die Vormerkung erweist sich selbst späteren, auf gesetzlichen Rechtstiteln beruhenden Hypothekeneinträgen gegenüber wirksam; indessen verliert auch sie ihre Kraft, wenn vor der definitiven Eintragung der Forderung ein allgemeines Veräusserungsverbot oder die Concurseröffnung zum Eintrage gelangt, resp. das Grundstück zur zwangsweisen Versteigerung gebracht worden sein sollte.

Im Vergleiche mit den oben S. 225 in §. 61 gedachten Arten von Protestationen besteht übrigens für die Vormerkung noch der doppelte Unterschied, dass hier zu der von dem Antragsteller zu führenden Bescheinigung ausschliesslich Urkunden (öffentliche oder private) benützbar sind, während zum Zwecke der Bescheinigung eines durch gewöhnliche Protestation zu sichernden persönlichen Anspruches zwar nicht Eidesantrag, wohl aber nach Befinden auch Zeugen gebraucht werden können, und dass die Vormerkung ihrer Bestimmung nach immer nur in der dritten Rubrik ihre Stelle zu finden hat, während es bei den gewöhnlichen Protestationen darauf ankommt, wie und gegen wen sie zu wirken bestimmt sind.

3. Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§. 80. Allgemeine Bemerkung.

Als gemeinsames charakteristisches Merkmal der unter dieser Rubrik zusammengefassten verschiedenen Rechtsinstitute kann im Gegensatze zur heutigen Hypothek das gelten, dass die Detention an der beweglichen Sache, welche dem Gläubiger zur Sicherstellung dienen soll, sich regelmässig nicht bei dem Schuldner befinden darf, sondern bei dem Gläubiger oder dessen Repräsentanten befinden muss, um diesem auf solche Weise sowohl die Möglichkeit einer rechtzeitigen Ausübung seines Distractionsbefugnisses, als auch sein prioritätisches Recht an dem Erlöse der Pfandsache zu gewährleisten.

Auf dieser Grundlage erscheint das Rechtsverhältniss des Gläubigers zur Pfandsache in unserem zeitherigen Particularrechte bald zu einem wirklichen durch dingliche Klage geschützten jus in re entwickelt, bald bleibt dasselbe innerhalb der Grenzen eines blossen Retentionsrechtes stehen, wenn auch meist eines sogenannten quali-

ficirten, d. h. eines gleichfalls mit dem Distractionsbefugnisse ausgestatteten Zurückhaltungsrechtes. Das Gesetzbuch in seinem Bereiche hat den letzteren Gesichtspunct sogar zu einem ausschliesslichen erhoben.

§. 81. Vertragsmässiges Pfandrecht an Mobilien.

I. Mit Ausnahme des oben §. 73, 2. gedachten singulären Falles in Ansehung der beweglichen Zubehörungen eines Grundstücks kann das vertragsmässige Mobiliarpfand nur noch als Faustpfand bei uns vorkommen. Zu seiner Entstehung wird daher die Uebertragung der Innehabung der Sache auf den Pfandgläubiger schlechterdings vorausgesetzt. Dabei erklärt hier schon die Erläuterte Processordnung ad tit. XLIV, 2 und in Uebereinstimmung hiermit auch das Gesetzbuch §. 467 zur Verhütung einer wiederholten betrüglichen Verpfändung desselben Objectes an Mehrere die Abschliessung eines constituti possessorii zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner für unwirksam. Folgeweise muss auch der Fortbestand des Pfandrechts mit einer freiwilligen, wenn schon nur einstweiligen Rückgabe der Pfandsache an den Pfandschuldner für unvereinbar gelten (§. 486 des B.G.B.), während der unfreiwillige Verlust der Innehabung oder deren Uebertragung auf einen Dritten dem einmal begründeten Pfandrechte an sich keinen Eintrag thut. Deshalb bleibt auch die gleichzeitige oder successive Verpfändung derselben Sache an Mehrere immer noch möglich, nämlich dergestalt, dass die Pfandsache einem Dritten oder einem der Pfandgläubiger selbst überliefert wird, der sie für die übrigen Pfandgläubiger, beziehentlich zugleich für sich detinirt (§. 466 des B.G.B. a. E.).

Abgesehen hiervon fasst das Gesetzbuch das Recht des Pfandgläubigers insofern nur noch als ein qualificirtes Retentionsrecht auf, als es ihm im Falle des Verlustes der Innehabung nach §. 479 behufs der Wiedererlangung

der Sache nicht weiter die Pfandklage zugesteht, vielmehr ist er zum Zwecke der Wahrung seiner Innehabung nur noch auf die oben §. 49 erwähnten Besitzrechtsmittel beschränkt.

II. Der Verkauf des Pfandes konnte nach bisherigem Rechte bei uns im Allgemeinen ebensowohl gerichtlich als aussergerichtlich erfolgen, und setzte, wenn nicht ein Anderes verabredet worden war, zwar vorgängige Benachrichtigung des säumigen Schuldners von der beabsichtigten Veräusserung voraus; die Vorschrift des Römischen Rechts aber, wonach der Pfandgläubiger nach bewirkter Denunciation noch zwei Jahre lang mit der wirklichen Distraction anzustehen haben soll, galt schon früher durch Gerichtsbrauch für abolirt. Das Gesetzbuch im §. 481 schreibt eine vorgängige Denunciation mit 14tägiger Frist nur für den Fall noch vor, dass der Verpfänder oder sein Bevollmächtigter am Orte der Zahlung anwesend sei, macht aber auch hier nur einen möglichen Schädenanspruch, nicht die Gültigkeit des Pfandverkaufs selbst von der Einhaltung dieser Vorschrift abhängig. Dafür verlangt aber das Gesetzbuch §. 480 als nothwendige Form des Verkaufs in allen Fällen dessen Vollziehung durch eine hierzu verpflichtete Person, sei dies der Richter, ein verpflichteter Mäkler oder dergleichen.

Das Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage findet sich bereits im Torgauer Ausschreiben vom 8. Mai 1583, tit. vom Wucher, ausdrücklich wiederholt. Das Gesetzbuch §. 383 verbietet gleichfalls jede vor der Verfallzeit der Pfandschuld getroffene Verabredung dieser Art oder des Inhalts, dass ein anderer als der gesetzliche Modus des Pfandverkaufes seiner Zeit substituirt werden solle. Umgekehrt ist aber auch ein vorgängiger unbedingter Verzicht auf das Recht des Pfandverkaufes seiten des Pfandgläubigers nichtig (§. 1442 des B.G.B.).

Im Falle des Concursausbruches zu dem Vermögen

des Pfandschuldners cessirt dagegen das Veräusserungsrecht des Pfandgläubigers ganz; vielmehr hat derselbe das Pfandobject zur Concursmasse einzuliefern und seine Forderung gehörig zu liquidiren, vorbehaltlich jedoch seiner prioritätischen Befriedigung aus dem künftigen Erlöse der Pfandsache (E.P.O. ad tit. XLIV., 2, Erläuterungsrescript hierzu vom 14. Juni 1728.). Ebenso ist das nach l. un. C. VIII, 27 (26) dem Faustpfandgläubiger wegen einer connexen chirographarischen Forderung zustehende Retentionsrecht bereits durch Rescript vom 26. Juli 1764 dem Concurse des Pfandschuldners gegenüber für völlig wirkungslos erklärt. Das Gesetzbuch (§. 1447) erkennt ein solches Rückhaltungsrecht auch ausserhalb des Concurses nicht weiter an. Ueber die Wirkung der Verpfändung beweglicher Sachen seiten eines Kaufmannes im Handelsbetriebe ist zu vergl. das oben §. 64 Gesagte. In Ansehung des Pfandverkaufs eines einem Kaufmanne von einem andern wegen aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührenden Forderungen schriftlich eingeräumten Unterpfandes stellt das Handelsgesetzbuch Artt. 310 ff. noch mehrere singuläre Vorschriften auf, welche in den einschlagenden Fällen neben dem bürgerlichen Gesetzbuche zur Anwendung zu bringen sein werden.

§. 82. Hülfspfandrecht.

Die Hülfsvollstreckung in Mobilien ist zunächst an die allgemeinen processualischen Voraussetzungen einer jeden Execution geknüpft. Der Act der Hülfsvollstreckung besteht hier in der Regel in der Consignation der abzupfändenden Mobilien und deren Uebernahme in Gerichtsgewahrsam. Indessen ist es keineswegs hier unbedingtes Erforderniss für die Entstehung des Pfandrechtes, dass die Sachen aus dem Bereiche des Schuldners weggeführt werden müssten. Vielmehr können dieselben auch an Ort und Stelle unter Gerichtssiegel gelegt oder es

kann die Aufsichtsführung über dieselben von dem Executionsrichter auch einer dann als Sequester zu behandelnden Privatperson übertragen werden. Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 §. 54. Nach der Praxis versteht man sogar unter der in letzterer Gesetzesstelle gedachten Privatperson den ausgeklagten Schuldner selbst mit, und lässt daher hier die Abschliessung eines constitutum possessorium wenigstens zwischen dem Hülfsrichter und dem Schuldner zu, indem man die oben erwähnte Stelle der Erläuterten Processordnung (ad tit. XLIV. 2) insofern sie nur von dem Verhältnisse des Pfandgläubigers zu dem vertragsmässigen Pfandschuldner spricht, strict interpretirt. Beim Hülfspfandrechte ist übrigens der Pfandverkauf nach Verfluss der gesetzlichen Wiedereinlösungsfrist immer durch das Executionsgericht zu bewirken, jedoch ist letzteres hierbei nicht unbedingt an den, wenn auch in praxi fast ausschliesslich üblichen Weg der öffentlichen Versteigerung (Auction, im Gegensatz zur Subhastation) gebunden, sondern es darf nach seinem Ermessen auch zu einem Verkaufe aus freier Hand verschreiten (E.P.O. ad tit. XXXIX., 8.). Das Gesetzbuch im §. 487 ändert an alledem etwas nicht und stellt übrigens in der Privatpfändung (zu vgl. oben §. 44) einen neuen, der gerichtlichen Hülfsvollstreckung verwandten Grund für Entstehung eines Pfandrechts auf (§§. 488 ff. des B.G.B.).

§. 83. Gesetzliches Pfandrecht, bez. Retentionsrecht.

Haubold, §. 264, III. — §. 288b. II.

Hier sind folgende, ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach zum Theile unter sich abweichende Fälle zusammenzufassen:

1. das Retentionsrecht, welches die Erläuterte Processordnung ad tit. XLV., 4 dem Vermiether oder Verpachter an den invectis oder illatis des Miethers oder Pachters, beziehentlich an den Früchten des Pachtgrund-

stückes als Ersatz für das ihm an den gedachten Gegenständen früherhin zustehende gesetzliche stillschweigende Pfandrecht einräumt (loco pignoris oder, wie sich das Rescript vom 26. Juli 1764 ausdrückt, quasi pignus.).

Man ist darüber einig, dass, da es für ein gewöhnliches Retentionsrecht an der natürlichen Grundlage des Besitzes oder der Detention auf Seiten des Vermiethers resp. Verpachters an sich gebricht, das Wesen jenes Rechtes nur in dem Befugnisse gesucht werden müsse, sich durch Anhaltung jener Gegenstände in gewissen Fällen einen dem Pfandbesitze gleichkommenden Besitz erst zu verschaffen, cf. Heyne in seinen und Schwarze's Unters. pract. wicht. Mat. S. 124 ff. — Einert in der Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. VII. S. 97 ff. —). Nur beschränkt Letzterer mit Unrecht die Ausübung dieses Befugnisses lediglich auf den Fall des Wegzuges des Conductor aus dem Mieth- und Pachtgrundstücke, vielmehr darf man dem Locator beim Vorhandensein eines aus dem Contractsverhältnisse herzuleitenden fälligen Geldanspruches auch schon während der Dauer des Vertragsverhältnisses das Recht nicht versagen, sich der von dem Conductor resp. Pachter etwa beabsichtigten Fortschaffung von Gegenständen der fraglichen Art aus dem Mieth- oder Pachtgrundstücke zu widersetzen und derselben eventuell bis zu seiner Befriedigung sich zu versichern (sie in Gewahrsam zu nehmen). Ebensowenig braucht er unter gleicher Voraussetzung ein von dem Conductor während der Contractsperiode, aber nach Eintritt der Fälligkeit des Anspruchs zu Gunsten dritter Personen an dergleichen Sachen durch Veräusserung und Uebergabe begründetes Eigenthum oder sonstiges dingliches Recht zu respectiren, so lange die Sachen nur nicht aus dem Pacht- oder Miethgrundstücke entfernt worden sind. Endlich kann er zwar, wenn während des Laufes der Contractsperiode in eine dergleichen Sache zu Gunsten

eines Dritten die Hülfe vollstreckt wird, oder zu dem Vermögen des Conductor Concurs ausbricht, die gerichtliche Wegnahme und Versteigerung der fraglichen Gegenstände durch seinen Widerspruch nicht hindern; indessen ist er wegen der zur Zeit der Hülfsvollstreckung oder des Concursausbruches aus dem Mieth- oder Pachtverhältnisse bereits erwachsenen Ansprüche nach obiger Stelle der Erläuterten Processordnung vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen berechtigt, und das Oberappellationsgericht fordert im Falle des Concurses nicht einmal eine vor der gerichtlichen Wegschaffung der Gegenstände erfolgte Vorbehaltserklärung (Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXV., S. 532.).

Das Gesetzbuch scheint zwar nach den Motiven des §. 1228 das daselbst erwähnte Retentionsrecht des Verpachters oder Vermiethers nur noch als ein einfaches gelten lassen zu wollen, allein im Anschlusse an die weitere Bemerkung daselbst, dass die Wirkung dieses Rechtes erst in der zu erwartenden Concursordnung näher zu bestimmen sein werde, hat das Oberappellationsgericht in neuerer Zeit das prioritätische Recht des Locator gegenüber den nach Verfall seiner Ansprüche erst entstandenen dinglichen Rechten Dritter an dergleichen Sachen auch für die Zukunft aufrecht erhalten (Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXX., S. 52 ff.).

2. Das Recht des Staatsfiscus auf unbedingte vorzugsweise Befriedigung aus den von den Zollbehörden zurückgehaltenen oder mit Beschlag belegten zollpflichtigen Gegenständen (soweit sie nicht etwa der Confiscation unterliegen, zu vergl. oben S. 203 im §. 56 zu II.) wegen des darauf haftenden Zollanspruchs (Zollstrafgesetz vom 3. April 1838, §. 16, verb. m. Gesetz vom 4. November 1843, das Vorzugsrecht der rückständigen Abgaben etc. betr., §. 1.).

3. Das nach dem Handelsgesetzbuche Artt. 374, 382,

409 dem Commissionär, Spediteur und Frachtführer am Commissions-, Speditions- und Frachtgute wegen ihrer daselbst bezeichneten Forderungen und zwar mit der privilegirten Wirkung des Art. 306 eingeräumte gesetzliche Pfandrecht.

4. Das gleichfalls durch das Handelsgesetzbuch Artt. 313 ff. geschaffene qualificirte Retentionsrecht der Kaufleute unter einander wegen ihrer sämmtlichen aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührenden fälligen Forderungen an allen in ihrem Gewahrsam befindlichen beweglichen Sachen ihres Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in ihren Besitz gelangt sind. Vorauszusetzen ist hierbei jedoch in der Regel, dass die Ausübung des Retentionsrechtes nicht einer in bindender Weise erhaltenen Anweisung resp. übernommenen Verpflichtung zu anderweiter Gebahrung mit diesen Gegenständen entgegen laufen dürfe.

Die sub 2. 3. 4. gedachten Berechtigungen, welche durch das Gesetzbuch nicht berührt werden, geniessen auch dem Concurse des Schuldners gegenüber insofern eine besondere Bevorzugung, als hier der Gläubiger nicht die Sache, sondern nur den nach seiner Befriedigung verbleibenden Ueberschuss des Erlöses an die Masse abzuliefern verpflichtet ist (deshalb auch Separationsrecht).

Auch soll, so viel das Retentionsrecht unter 4 anlangt, im Falle des Concursausbruches, ja selbst schon bei einem durch fruchtlose Execution constatirten Nahrungsabfalle des Schuldners, sogar die oben bei 4 a. E. erwähnte Restriction wegfallen, und nicht einmal Fälligkeit der zu sichernden Forderung noch weiter erfordert werden.

4. Abschnitt. Von der Verpfändung von Rechten.

§. 84.

Abgesehen von der oben S. 218 §. 59 a. E. gedachten Gattung von Rechten, die, wenn sie ein besonderes Folium im Grund- und Hypothekenbuche haben, rücksichtlich des pfandrechtlichen Verkehrs natürlich gleichfalls ganz unter die von Immobilien geltenden Grundsätze treten, gehören hierher noch folgende Fälle:

1. Nach §. 496 des B.G.B. gilt als Regel, dass jura in re aliena der Verpfändung entzogen seien. Der Niessbrauch macht zwar eine Ausnahme. Da, jedoch, wie bei jeder Veräusserung des Niessbrauches, so auch bei dessen Verpfändung nicht das an die Person des Niessbrauchers geknüpfte Recht selbst, sondern nur dessen Ausübung Gegenstand der Veräusserung sein kann, so beschränkt sich hier das Recht des Pfandgläubigers auf Erhebung der unter den Niessbrauch fallenden Früchte. Die Entstehung des diesfallsigen Pfandrechtes ist übrigens auch hier durch die Uebergabe der dem Niessbrauch unterliegenden beweglichen und unbeweglichen Sache an den Pfandgläubiger bedingt, während die Verpfändbarkeit des ususfructus nominum sich nach den über die Verpfändung von Forderungen geltenden Vorschriften (zu vergl. unten bei no. 3) richtet. §§. 496, 497 des B.G.B.

2. Die Verpfändung der auf den Inhaber gestellten Werthpapiere ist nach den über das Faustpfand geltenden Grundsätzen zu beurtheilen (§. 499 des B.G.B.), was der zeither schon vom Oberappellationsgerichte befolgten Ansicht entspricht (Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXI. S. 81, no. 15.). Wird das Werthpapier vor Verfall der Pfandforderung zahlbar, so tritt die vom

Pfandgläubiger zu erhebende Geldsumme an die Stelle des ursprünglichen Pfandobjectes (§. 501 des B.G.B.).

3. Bei Verpfändung von Forderungen hat man, so viel

a. die Entstehung des Pfandrechtes anlangt, einmal zwischen freiwilliger und necessärer Verpfändung (Hülfspfandrecht) und sodann wieder dem Objecte nach zwischen bloss chirographarischen und hypothekarischen Forderungen zu unterscheiden.

α. Bei freiwilliger Verpfändung chirographarischer Forderungen bedurfte es schon nach zeitherigem Rechte (Erl. Processord. zu tit. XLIV., §. 2, womit zu vergl. §. 502 des B.G.B.) der Uebergabe des auf die Forderung bezüglichen Schulddocumentes an den Pfandgläubiger. Bei Mangel eines solchen war daher die Verpfändung überhaupt nicht möglich und ist es auch nach dem Rechte des Gesetzbuches nicht, abgesehen davon, dass nach letzterem, abweichend vom zeitherigen Rechte, überhaupt nur noch chirographarische Geldforderungen für verpfändbar erklärt werden. Behufs der freiwilligen Verpfändung hypothekarischer Forderungen dagegen ist analog dem Falle ihrer Cession die Verlautbarung der Verpfändung im Grund- und Hypothekenbuche wesentlich, eine Uebergabe des Schulddocumentes aber dann nicht nebenher noch erforderlich (§. 502 des B.G.B.).

β. Die Hülfsvollstreckung in Forderungen wird bei Forderungen beiderlei Art durch das vom Executionsrichter in Gemässheit des §. 57 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 an den debitor debitoris zu erlassende schriftliche Injunct vermittelt, dergestalt jedoch, dass bei hypothekarischen Forderungen ausserdem noch ein Ueberweisungseintrag im Grund- und Hypothekenbuche hinzutreten muss. Ueber die Fassung dieses Ueberweisungseintrages ist zu vergl. Bekanntmachung des Justizministeriums vom 2. Januar 1863 im Gesetz- und Ver-

ordnungsblatte S. 330 ff. in Verbindung mit Gerichtsord. §§. 147 und 148. Ueber das Verhältniss der beiden vorgenannten Acte zu einander aber, falls sie zeitlich auseinderliegen, sind zu vergl. Annalen des Oberappellations-Gerichts N. F. Bd. I., S. 80 ff.

b. Anlangend die Wirkungen der Forderungsverpfändung, so wird durch dieselbe bei der freiwilligen Verpfändung dem Gläubiger für den Fall nicht rechtzeitig erfolgender Zahlung der Pfandschuld das Recht eingeräumt, das ihm verpfändete nomen an Stelle des Verpfänders einzuziehen. Deshalb spricht auch §. 86 des Hypothekengesetzes von einer eventuellen Cession und in ähnlicher Weise §. 503 des B.G.B. davon, dass die Verpfändung als Abtretung der Forderung zum Zwecke der Erhebung und da nöthig Einklagung zu betrachten sei. Ebenso erhält der Gläubiger durch die Hülfsvollstreckung zwar das Recht zur Einhebung der ihm verholfenen Forderung, indessen wirklicher Inhaber der letzteren wird er auch hier nicht, insbesondere ist auch bei der Hülfsvollstreckung in hypothekarische Forderungen mit dem oben erwähnten Ueberweisungseintrage nicht die Vorstellung einer definitiven Uebertragung der Forderung auf den Gläubiger zu verbinden, ja es ist sogar im Falle der Abtretung des diesfallsigen Hülfspfandrechtes an einen Andern dieser Cession die Eintragbarkeit in das Grund- und Hypothekenbuch nach §. 148 der Gerichtsordnung a. E. ausdrücklich versagt. Wohl aber räumt das Gesetzbuch in §. 504 bei Verpfändung hypothekarischer Forderungen dem Gläubiger das Recht ein, nach eingetretener Fälligkeit der Pfandschuld statt der Einhebung der verpfändeten Forderung deren definitive Umschreibung quoad summam concurrentem vom Pfandschuldner zu verlangen. Kommt es dagegen bei einer verholfenen Forderung zu deren Einklagung durch den Gläubiger, so hat dieser hier sein Klaggesuch auf Zahlung zum Ge-

richtspositum zu beschränken, und nach deren Erfolg seine Befriedigung aus den eingezahlten Geldern durch den Executionsrichter zu erwarten.

IV. Abtheilung.

Von den Reallasten.

§. 85. Natur des Rechtes.

Die Stellung, welche die ältere Sächsische Jurisprudenz zur Lehre von den Reallasten einnimmt, kennzeichnet sich dadurch, dass sie die aus dem Römischen Rechte entlehnten Grundsätze über Servituten in vielen Puncten ohne Weiteres auf die Reallasten als sogenannte Deutschrechtliche in faciendo bestehende Dienstbarkeiten übertrug. Deshalb entschied man sich nicht allein für die Möglichkeit einer Begründung der Reallast durch einfachen Vertrag ohne das Erforderniss einer richterlichen Mitwirkung, sondern auch für die einer Entstehung durch Ersitzung. Die neuerdings vom Hypothekengesetze §. 15 sub 5 aufgebrachte und auch von dem Gesetzbuche §. 506 beibehaltene Nothwendigkeit der Eintragung der Reallast in das Grund- und Hypothekenbuch kann an sich und allein für die Lösung der Frage: ob man dieselben als dingliche Rechte oder als blosse gegen den jeweiligen Grundstückseigenthümer gehende Forderungen zu betrachten habe, nicht entscheidend werden, wie sich denn auch in den Motiven zu §. 505 dieselben ausdrücklich als Obligationen bezeichnet finden, welche an das Eigenthum eines Grundstückes gebunden seien. Einerseits ist aber doch dem ersteren Gesichtspunkte (des Sachenrechtes) theils durch die in §. 510 als Regel anerkannte Haftung des jedesmaligen Eigenthümers, selbst für die aus der Zeit seiner Besitzvorgänger herrührenden Rückstände, theils dadurch ein nicht unwichtiges Zuge-

ständniss gemacht, dass nach §. 511. Abs. 2 des B.G.B. die rückständigen Prästationen im Falle der Zwangsversteigerung innerhalb wie ausserhalb des Concurses in gleicher Weise aus dem Grundstückserlöse zu decken sind, wie Zinsrückstände hypothekarischer Capitalien (zu vgl. oben §. 74 S. 277 unter b.). Für den Fall des Concursausbruches zu dem Vermögen des Grundstücksbesitzers war solches zeither schon bestimmt (Gesetz vom 4. November 1843), während darüber, ob die dortige Vorschrift auch bei Unzulänglichkeit des Erlöses eines ausserhalb des Concurses nothwendiger Weise versteigerten Grundstückes analog zur Anwendung zu bringen sei, die Ansichten zeither noch immer sehr getheilt waren. Schneider in der Zeitschrift für Rechtspfl. N. F. Bd. XXIV, S. 486 ff. Für das jetzige Recht sind zu vergleichen die Vorschriften im Gesetze vom 30. Juni 1868: die Beschränkung etc. und einige Bestimmungen über die Zwangsversteigerung betreff. §§. 17 bis 20, 21 Nr. 3, 25, wodurch die Paragraphen 224 bis 229 der Gerichtsordnung sich erledigen (§. 26 des Gesetzes vom 30. Juni 1868).

Ferner spricht für Auffassung der Reallast als einer dinglichen Last, dass nach §§. 376, 421 u. 507 des B.G.B. die Neuconstituirung einer Reallast als substantielle Minderung des Grundstückswerthes behandelt wird und dieselbe nur mit Einwilligung der auf dem Grundstücke versicherten Hypothekarier und Derjenigen, zu deren Gunsten eine Dispositionsbeschränkung am Grundstücke besteht, erfolgen kann. Andererseits lässt das Gesetzbuch die gleichzeitige obligatorische Natur der Reallast darin fortdauernd hervortreten, dass es nach §. 511, Abs. 1 das Recht auf die einzelnen Leistungen nach den über Forderungen geltenden Grundsätzen beurtheilt wissen will, dass es ferner den jedesmaligen Besitzer für die vorhandenen Rückstände nicht mit dem Grundstückswerthe

allein, sondern auch mit seinem gesammten übrigen Vermögen haftbar macht, demgemäss also auch selbst nach der Veräusserung oder Dereliction des Grundstückes die persönliche Haftung für die bis dahin verfallenen Leistungen unverändert fortbestehen lässt und dass es endlich dem Reallastengläubiger keineswegs das Recht einräumt, wegen aufgelaufener Rückstände, solange dieselben nicht etwa ausserdem noch mit Hypothek versehen sein sollten, die Zwangsversteigerung des Grundstückes zu beantragen, sondern dessen Recht auf Befriedigung aus dem Grundstückserlöse nur auf die Fälle einer von anderer Seite her veranlassten necessären Versteigerung beschränkt. Nach dem Allen wird man bei uns die Reallast als ein aus dinglichen und obligatorischen Elementen gemischtes Recht aufzufassen haben, wobei jedoch die Gränzlinie nicht so gezogen werden darf, dass nur das Hauptrecht dinglicher, das Recht auf die einzelnen verfallenen Leistungen aber rein obligatorischer Natur sei, indem selbst mit einer derartigen Trennung der beiden concurrirenden Gesichtspunkte die obenerwähnte regelmässige Haftung des Einzelnachfolgers für die älteren Rückstände, sowie die Perceptionsberechtigung des Reallastengläubigers an dem Subhastationserlöse nicht füglich vereinbar sein würde.

§. 86. Von dem Inhalte, der Entstehung und Erlöschung der Reallasten.

I. Die Verpflichtung des Reallastenschuldners kann resp. konnte ihrem Inhalte nach eine sehr verschiedene, nämlich bald gerichtet sein:

a. auf eine fortgehende, in regelmässigen oder unregelmässigen Zwischenräumen wiederkehrende Geldleistung (z. B. Erbzins, Lehengeld, vergl. oben §. 66, sub II, S. 252 f.), bald

b. auf eine Naturalleistung an Früchten, Fleisch, Holz, Vieh u. s. w., wovon eine besonders ausgezeichnete Art der Zehnt bildet (vergl. Weber: Kirchenrecht, Bd. II. S. 418 ff., der 2. Ausg. und Ges. „die Ablösung der Naturalleistungen an Geistliche und Schullehrer betr." vom 10. Februar 1851);

c. auf Leistung gewisser Dienste Seiten der Unterthanen an die Gerichtsherrschaft, z. B. Wacht-, Bau-Dienste, Frohnden, obwohl letztere auch vielfach selbst auf die Unangesessenen eines Ortes sich erstreckten, wo dann natürlich der Gesichtspunct der Reallast keine Anwendung auf sie fand; über dieses jetzt ganz beseitigte Institut vergl. Haubold §§. 464 bis 474b;

d. auf ein facere anderer Art, worauf man oft auch den im Eingange des vorigen Paragraphen erwähnten Ausdruck servitus juris Germanici speciell anwendete. Auch dann, wenn solche Verpflichtungen ausnahmsweise im Zusammenhange mit einer bestehenden Servitut vorkommen, z. B. so, dass bei gewissen Grunddienstbarkeiten der dominus fundi servientis zur Instandhaltung der zur Ausübung der Servitut nöthigen Vorrichtungen, Ausbesserung des Weges, Herstellung einer Brücke u. s. w. verpflichtet ist, sollen auf dergleichen Rechtsverhältnisse die Grundsätze von den Reallasten dergestalt Anwendung leiden, dass sie ohne vorgängige Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche die Eigenschaft eines auf den Nachbesitzer übergehenden onus nicht erlangen. §. 522, Abs. 2 des B.B.G.

II. Quellen von Reallasten können, abgesehen vom Gesetze, sein: Vertrag, letzter Wille, richterliche Entscheidung. Jedoch ist der Privatwillensdisposition durch die neuere Ablösungsgesetzgebung vielfach eine Schranke gesetzt (vergl. unten §. 88). Ersitzung dagegen kann jetzt nicht mehr als Entstehungsgrund von Reallasten vorkommen; schon nicht mehr nach dem Hy-

pothekengesetze wegen dessen entgegenstehenden §. 28; nach dem Gesetzbuche aber noch weniger, weil dasselbe im §. 512 überhaupt den Begriff des Rechtsbesitzes auf dergleichen Berechtigungen für unanwendbar erklärt, wenn auch wieder mit der Ausnahme, dass da, wo bei einer Servitut der Berechtigte (vergl. I, d.) gewisse Gegenleistungen an den Serviens zu entrichten hat, auf diese die über den Quasibesitz geltenden Grundsätze Anwendung leiden sollen: §§. 523 und 531 des B.G.B.

Die obigen Entstehungsgründe können übrigens in Gemässheit des Grundsatzes: wonach die Reallast gleich dem Immobiliareigenthume und der Hypothek zu den absolut eintragsbedürftigen Rechten gehört (vergl. §. 506 des B.G.B.), immer nur als Rechtstitel für Eintragung derselben im Grund- und Hypothekenbuche in Betracht kommen, und zwar erfolgt die Verlautbarung derselben in der Regel und soweit nicht die Ausnahme des folgenden Paragraphen 87 eintritt, in der ersten Folienrubrik; §. 124 der Gerichtsordnung sub 7.

III. Die Erlöschungsgründe der Reallasten treffen mit dem oben §. 77 für die Hypotheken erwähnten vielfach zusammen. So kommen auch hier wieder der Untergang des belasteten Grundstückes, Eintritt des dies ad quem als ipso jure wirkende Thatsachen in Betracht, während die dort sub 2, a, b, c, e und g gedachten Momente mutatis mutandis gleichfalls nur als Löschungstitel wirken. Ebenso kann die Verjährung nur den Anspruch auf die jedesmaligen Rückstände (ähnlich wie bei Zinsrückständen von Hypothekencapitalien), nicht aber das Hauptrecht selbst zerstören. Indessen gilt doch noch hier folgendes Besondere:

a. Da, wo die Reallastberechtigung auch activ wieder an ein Grundstück geknüpft ist, muss nothwendig auch schon der Untergang des sog. berechtigten Grundstückes den Untergang der Reallast nach sich ziehen, ebenso, wie

da, wo ein Gläubiger nur für seine Person berechtigt ist, der Tod dieser Person (§. 508 des B.G.B.).

b. Gegen eine vorzunehmende Dismembration des belasteten Grundstücks steht dem Reallastengläubiger zum Unterschiede vom Hypothekarier ein Widerspruchsrecht zwar nicht zu: vielmehr findet in einem solchen Falle eine Theilung der Reallast auch ohne Genehmigung des Berechtigten statt, d. h. es wird die betreffende Leistung von Amtswegen nach Verhältniss des Werthes der abzutrennenden Parcelle auf diese repartirt, dergestalt, dass das Stammgut wegen des auf das Trenntück zu legenden Antheils wenn auch nicht ganz exnexuirt, doch nur noch subsidiär haftbar gemacht wird. Dagegen unterliegen Reallasten und Hypotheken auch hier wieder insofern ganz gleichen Grundsätzen, als die vorbehaltlose Einwilligung des Reallastengläubigers in die Dismembration ebenso wie die eventuelle Consenssupplirung der Grund- und Hypothekenbehörde (§. 1 der Verordnung vom 3. August 1868) die völlige Entlastung des Trennstückes zur Folge hat (§§. 202 und 203 der Gerichtsordnung und §§. 513 und 514 des B.G.B.).

c. Tilgung bildet zwar hier nicht so, wie bei der hypothekarischen Forderung schon einen der Natur des Rechtes gemässen Aufhebungsmodus, da der Reallastenschuldner sich der als fortgehende Quelle der Einzelprästationen zu denkenden Hauptverpflichtung durch Zahlung regelmässig ebensowenig beliebig entledigen, wie der Gläubiger diese Zahlung erzwingen kann. Wohl aber ist in der in neuerer Zeit fast zur Regel erhobenen Ablösbarkeit des Rechtes eine freilich an gewisse Formen und Voraussetzungen geknüpfte Tilgungsmodalität geschaffen worden, über welche jedoch, da sie nicht bloss den Reallasten eigenthümlich ist, das Nähere erst unten im §. 88 im Zusammenhange folgt.

d. Die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes ist auf den Fortbestand der Reallast an sich ohne Einfluss, da letztere im Gegensatze zu den darauf eingetragenen Hypotheken in gleicher Weise auf den Ersteher, wie auf jeden Nachfolger im Besitze des Grundstückes übergeht. Nur ist der Ersteher insofern besser, als ein anderer Singularnachfolger gestellt, als er nicht für die aus der Zeit vor der Zwangsversteigerung herrührenden Rückstände haftet; auch wird, wenn etwa eine Reallast bestehender Vorschrift zuwider (§§. 376 und 421 des B.G.B.) ohne ausdrückliche oder nach Befinden supplirte Genehmigung eines Hypothekariers seiner Zeit eingetragen worden sein sollte, diesem das Recht nicht zu versagen sein, dass in analoger Anwendung der Bestimmungen in §§. 519 und 528 des B.G.B. das Grundstück unter Annahme doppelter Gebote — das eine Mal mit, das andere Mal ohne die Reallast — ausgeboten werde und eine Uebertragung der letzteren auf den Ersteher nur dann stattfinde, wenn das von ihm gethane Gebot die Ansprüche des Hypothekariers noch vollständig deckt.

§. 87. **Auszug, Leibrente und eiserne Capitalien.**

Diese drei Rechtsverhältnisse sind nur in gewisser Beziehung den Reallasten gleichgestellt:

I. Unter Auszugsrecht versteht man das auf einem Grundstücke (in der Regel praedium rusticum) radicirte Forderungsrecht einer Person auf gewisse, jährliche Prästationen, die ihr auf eine bestimmte Zeit (meist auf Lebenszeit) zu ihrem Unterhalte von dem jeweiligen Besitzer des Grundstückes zu gewähren sind. Diese Prästationen können in baarem Gelde, Naturalleistungen oder auch einem blossen facere (z. B. Wartung und Pflege in Krankheit) bestehen und haben überhaupt meist die nothwendige Alimentation der berechtigten Person zum Zwecke.

Schon vor dem Hypothekengesetze unterschied man zwischen reservirtem und constituirtem Auszuge in der Weise, dass man unter ersterem denjenigen begriff, welchen der Eigenthümer des Grundstückes bei dessen Veräusserung sich selbst oder Anderen an selbigem vorbehält, oder mit dem er das Grundstück zu Gunsten dritter Personen letztwillig belastet, unter constituirtem dagegen den vom jeweiligen Eigenthümer im Wege besonderen Vertrages übernommenen Auszug.

Den reservirten Auszug, auch ächten Auszug genannt, behandelte man von jeher als Reallast, welche schon durch die blosse richterliche Bestätigung des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Entstehung gelange: Rescript an die Dicasterien vom 28. Februar 1726; während der constituirte nur im Wege der Hypothekenbestellung auf dem Grundstücke versichert werden konnte.

Ueber Natur und Wesen des Auszuges hat das Oberappellationsgericht unter dem 2. October 1839 in der Gesetzsammlung ausführliche (42) Rechtssätze veröffentlicht.

Das Hypothekengesetz wies nun zwar in beiden Fällen dem Auszuge seine Stelle nicht unter den Reallasten in der ersten Rubrik, sondern nur unter den Hypothekenschulden an. Gleichwohl räumte es dem reservirten Auszuge in mehreren Beziehungen fortdauernd eine bevorzugte Stellung vor dem unächten ein, so besonders darin, dass derjenige, zu dessen Gunsten ein derartiges Reservat gemacht ist, ohne Weiteres für berechtigt erklärt wurde, seine Forderung zum Eintrage bringen zu lassen (gesetzlicher Rechtstitel), und dass dieselbe, wenn einmal eingetragen, durch die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes nicht wieder erlöschen solle.

Das Gesetzbuch hat es hierbei bewenden lassen (§§. 515 ff.), im Uebrigen aber geniesst der ächte Auszug nach §. 518 mit wenig Ausnahmen gleiche Rechte

mit der Hypothek, daher auch den Hypothekariern ein Widerspruchsrecht gegen Eintragung eines derartigen Onus nicht zusteht.

Jedoch bedarf es bei dessen Verlautbarung der Eintragung einer bestimmten Werthsumme nicht; auch war das gegen den Auszugsberechtigten unter Umständen gleichfalls eintretende Consenssupplirungsrecht (§§. 419, 421 des B.G.B.) hier bereits nach früherem Rechte schon in die Hand der Unterbehörde gelegt (Gerichtsordnung §. 202 a. E.). Umgekehrt steht hier nach §. 519 des B.G.B. das oben §. 86 a. E., sub III. d, gedachte Befugniss, eintretenden Falles bei der Zwangsversteigerung die Ausbietung des Grundstückes unter doppelten Geboten zu verlangen, schon kraft ausdrücklicher Vorschrift dem Auszugsberechtigten zu.

II. Ganz gleichgestellt mit dem Auszuge ist das sogenannte eiserne Capital, d. h. das zwar verzinsliche, aber unkündbar auf ein Grundstück gelegte Capital. Im Wesentlichen dasselbe gilt auch von einer Leibrente, rücksichtlich deren durch Vertrag oder letzten Willen bestimmt ist, dass sie die Eigenschaft einer Reallast haben solle (§. 517 des B.G.B.).

Näheres zu vergl. im Forderungsrechte.

§. 88. Von der Ablösung.

I. Unter Ablösung versteht man hier die auf Antrag eines der Betheiligten erfolgende Aufhebung gewisser, auf Grund und Boden haftender Gerechtsame, gegen Gewährung ihres in der Regel commissarisch zu ermittelnden durchschnittlichen Schätzungswerthes.

Eine Ablösung auf Grund freier Vereinigung der Betheiligten wurde schon durch das Rescript der Landesregierung vom 24. Februar 1824 für die Dienste und Frohnden eingeführt. Das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 dagegen gab

für diese und eine Mehrzahl anderer privatrechtlicher Lasten jedem der Interessenten (resp. wenigstens dem Verpflichteten) das Recht, einseitig auf Ablösung zu provociren, was das Gesetz vom 21. Juli 1846, sub 1 noch weiter, namentlich auch auf die Laudemialpflicht ausdehnte, bis endlich das Gesetz vom 15. Mai 1851, Nachträge zu den bisherigen Ablösungsgesetzen betreffend, sämmtliche auf Grund und Boden haftende Abgaben und Leistungen mit gewissen weiter unten zu erwähnenden Ausnahmen auf einseitigen Antrag beider Theile für ablösbar erklärte.

Die Leitung des Ablösungsgeschäftes wurde einer jedesmal ad hoc zu ernennenden Specialcommission, unter Oberleitung der ständigen Generalcommission zu Dresden, übertragen, welche letztere auch immer die Bestätigung der nach beendetem Ablösungsgeschäfte zu entwerfenden Recesse vorzunehmen hatte.

Als regelmässige Entschädigungsmittel kamen (abgesehen von der bei gewissen Servituten ausnahmsweise zulässigen Landabtretung oder Gewährung eines Holzdeputates) entweder Capitalzahlung, d. h. Gewährung einer dem fünfundzwanzigfachen Betrage des zu ermittelnden jährlichen Schätzungswerthes gleichkommenden Summe oder Uebernahme einer fortlaufenden Rente auf das verpflichtete Grundstück in Betracht. Dabei war es in der Regel in die Wahl des Verpflichteten gestellt, ob er Capitalzahlung oder Rentenübernahme wählen wolle. In beiden Fällen gilt das bisher bestandene Rechtsverhältniss Dritten gegenüber erst mit der auf Grund des bestätigten Ablösungsrecesses im Grund- und Hypothekenbuche, wenn auch von Amtswegen, zu bewirkenden Verlautbarung für aufgehoben. Die in dem zweiten Falle (der Rentenübernahme) an die Stelle der abgelösten Gerechtsame tretende Ablösungsrente hat zwar selbst wieder die Natur einer Reallast, steht jedoch insofern unter beson-

deren Grundsätzen, als einmal den sonstigen Realgläubigern des verpflichteten Grundstückes ein Widerspruchsrecht gegen deren Auflegung nicht zukommt, und als sie sodann auch für den Verpflichteten nach vorgängiger Aufkündigung jederzeit durch Capitalzahlung im Ganzen oder in grösseren Theilbeträgen (bis zu hundert Thaler) tilgbar ist, während der Berechtigte nur bei fortgesetzter hartnäckiger Säumniss des Verpflichteten in der Rentenzahlung diesen zu nachträglicher Capitalzahlung nöthigen kann.

Um aber die nur durch Capitalzahlung vollständig zu erreichende Grundentlastung möglichst zu fördern, wurde zugleich das unter staatlicher Garantie stehende Institut der Landrentenbank ins Leben gerufen. Diese hat den Zweck, in Fällen, wo der Weg der Ablösung mittelst Rente gewählt worden war, den beiderseitigen Interessenten die Vortheile der Capitalzahlung dadurch zu verschaffen, dass sie einerseits dem Berechtigten die Rente abkauft und ihn durch Capitalzahlung (gewöhnlich in Landrentenbriefen) befriedigt, andererseits die vom Verpflichteten fortan an sie, die Bank, abzuführenden Rentenbeträge, nicht bloss zur Deckung der Zinsen der von ihr berichtigten Kaufsumme, sondern auch zum Theil zu allmählicher Amortisation der von ihr übernommenen Rente verwendet.

Die solchenfalls an die Landrentenbank überwiesene Ablösungsrente verändert durch die Uebernahme zum Theil ihre Natur. Sie geniesst nämlich einerseits mit wenigen Ausnahmen zugleich das Privilegium der öffentlichen Abgaben, ist aber andererseits dem Rentenpflichtigen gegenüber schlechthin unkündbar, während diesem das freie Kündigungsrecht nicht nur verbleibt, sondern ausserdem auch noch ein weit ausgedehnteres zu Theilzahlungen als das oben erwähnte eingeräumt ist. Durch das Gesetz vom 20. September 1855 ist übrigens der

31. März 1859 seinerzeit als definitiver Schlusstermin für die Landrentenbank festgesetzt worden, so dass von da ab keine neue Ueberweisung von Renten auf dieselbe mehr erfolgen konnte.

II. Abgesehen von denjenigen Befugnissen, deren Wegfall die Gesetze ohne Weiteres mit oder ohne Entschädigung des Berechtigten anordnen (wie dies z. B. schon durch das Gesetz von 1832 rücksichtlich des sogenannten Dienstzwanges, der Wachtdienste der Unterthanen und gewisser fiscalischer Jagddienste, und ebenso durch das Gesetz von 1851 rücksichtlich der aus dem guts- und schutzherrlichen Verbande fliessenden persönlichen Abgaben und Leistungen geschehen ist), leidet auch das Princip der einseitigen Ablösbarkeit keineswegs auf alle Grundlasten und Dienstbarkeiten Anwendung. Im Gegentheile sind:

A. Dienstbarkeiten (Servituten) nur ausnahmsweise, d. h. nur gewisse, von dem Gesetze speciell benannte, der Landescultur besonders schädliche Gattungen der Ablösung unterworfen; zu vergl. das Nähere unten im folgenden Abschnitte S. 322. Dagegen hat

B. in Anschauung der Reallasten deren Ablösbarkeit auf einseitige Provocation zwar als Regel zu gelten, aber auch hier mit folgenden Ausnahmen resp. Beschränkungen:

1. Der Ablösung ganz entzogen sind

a. alle Leistungen, welche die Natur von Staats- und Parochiallasten, sowie von Communalabgaben haben, oder die sich auf den Berg- und Kohlenbau beziehen (Gesetz von 1832 § 52 und Gesetz von 1851 § 10);

b. alle durch Stiftungen für deren Zwecke auf Grund und Boden fundirte Zinsen, eiserne Capitalien, sowie zu gleichem Zwecke in der Eigenschaft von Reallasten auf Grund und Boden haftende Geldgefälle: Gesetz von 1851 l. c.

2. Anlangend Geldgefälle anderer Art, d. h. die nicht etwa erst durch die Ablösung selbst in Form von Ablösungsrenten begründeten, sondern als feste, regelmässig fortlaufende Abgabe auf dem Grund und Boden, sei es auch als Surrogat älterer anders gearteter Prästationen radicirten Geldleistungen, so waren solche früherhin ebenfalls der Ablösung entzogen. Erst das Gesetz vom 15. Mai 1851 vergl. mit Gesetz vom 20. September 1855 erstreckte die Ablösbarkeit auch auf sie, und zwar konnten dieselben anfangs, nämlich bis zum Schlusse der Landrentenbank durch Erlegung ihres fünfundzwanzigfachen Betrages in Landrentenbriefen abgelöst werden; jetzt nach Schluss der Bank kann die Ablösung nur noch durch unmittelbare Capitalzahlung an den Berechtigten, aber dann nur nach dem zwanzigfachen Betrage erfolgen.

3. Streitig ist noch immer, ob auch alle nicht unter die Kategorie der Dienste, Frohnden u. s. w. fallenden, aber auf reines facere gerichteten Reallastenberechtigungen (zu vergl. oben §. 86, I. d.) der Ablösung auf einseitige Provocation unterliegen. Nach der allgemeinen Fassung des §. 10 des Gesetzes von 1851 würde man solches zwar anzunehmen haben, aber die in den früheren Ablösungsgesetzen festgehaltene Terminologie und mehr noch die aus der ganzen Entstehungsgeschichte dieser und der Gesetzgebung von 1851 zu entnehmenden Momente sprechen mehr für restrictive Interpretation; vergl. Zeitschrift für Rechtspflege, Bd. XXIV, S. 350 ff.

III. Hierüber kommen noch folgende Grundsätze in Betracht:

1. Um das Ablösungsgeschäft möglichst zu beschleunigen, hat das Gesetz von 1851 §. 23 den wichtigen Grundsatz aufgestellt, dass mit alleiniger Ausnahme der Ablösungsrenten und der baaren Geldgefälle (vergl. oben unter II. B, 2) alle auf einseitigen Antrag ablösbaren

Geldlasten, auf deren Ablösung nicht bis zum 1. Januar 1854 provocirt wurde, mit diesem Tage dergestalt weggefallen haben, dass sie nur noch als persönliche Verbindlichkeiten der zu diesem Zeitpunkte vorhandenen Besitzer des verpflichteten Grundstückes resp. ihrer Erben fortdauern; auch diese persönliche Verbindlichkeit aber erlischt mit Veräusserung des Grundstückes an einen Dritten und jedenfalls, d. h. wenn bis dahin ein dergleichen Besitzwechsel nicht stattgefunden haben sollte, mit 1. Januar 1884 (also dreissig Jahre nach dem Momente, bis zu welchem provocirt werden konnte).

2. Rücksichtlich der auf einseitigen Antrag ablösbaren Gerechtsame schliessen die Ablösungsgesetze ausserdem noch sowohl die Möglichkeit ihrer Wiedererstehung durch Ersitzung, oder durch Vertrag der Regel nach ganz aus. Vergl. Gesetz von 1851 §§. 26, 27. Dagegen ist rücksichtlich der Geldgefälle (oben unter II. B, 2) eine Neuconstituirung im Wege der Privatwillensdisposition auch fernerhin allerdings möglich, jedoch nur unter dreifacher Voraussetzung: dass ein schriftlicher Vertrag darüber abgefasst, in diesem die Ablösungsmodalität der Prästation im Voraus normirt und sodann die neu zu begründende Last im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen werde. Auch darf, wenn eine derartige Leistung bei Veräusserung von Grundstücken an Stelle des Kaufpreises aufgelegt werden sollte, ihr jährlicher Betrag die Höhe von $2^1/_2$ Neugroschen pro Steuereinheit nicht übersteigen (§. 28 des Gesetzes).

Wegen der in faciendo bestehenden Reallasten (oben sub II. B, 3) findet sich eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit ihrer Neubegründung durch Vertrag in der Gesetzgebung von 1832 bis 1851 nicht und hierin liegt zugleich ein Unterstützungsmoment mehr für die sub II. B, 3 gedachte Ansicht, dass der Gesetzgeber derartige Leistungen sich

überhaupt nicht als der einseitigen Ablösbarkeit unterliegend gedacht habe. Auch abgesehen hiervon würde übrigens die Bestimmung in §§. 505, 506 des B.G.B., soweit sie von auf ein Handeln gerichteten, durch Vertrag zu begründenden Reallasten unterschiedslos spricht, allerdings noch nicht völlig gegenstandslos werden, da für diese Vorschrift immer noch diejenigen Fälle übrig bleiben, rücksichtlich deren die Ablösungsgesetzgebung nicht eingreift, z. B. die auf den Regalbergbau und den Kohlenabbau bezüglichen Reallasten (oben II. B, 1, a.), ferner die oben §. 86, I. d. gedachten Fälle der mit einer Dienstbarkeit verbundenen Verpflichtungen des Eigenthümers der dienenden Sache zu einem Thun oder Geben.

V. Abtheilung.

Von den Dienstbarkeiten.

§. 89. Begriff und Arten.

Die Mehrheit der Rechtsinstitute, welche das Gesetzbuch in diesem Abschnitte zusammenfasst, deckt sich mit dem Römisch rechtlichen Begriffe der Servituten deshalb nicht vollständig, weil das Gesetzbuch §. 661 den Dienstbarkeiten unter Umständen auch noch die Superficies unter der Bezeichnung Bau- und Kellerrecht anreiht. (Das Nähere vergl. weiter unten §. 95.). Abgesehen hiervon zerfallen aber die eigentlichen Dienstbarkeiten (§§. 520 ff. des B.G.B.) jenachdem sie zum Vortheile eines bestimmten Grundstücks oder einer physischen oder juristischen Person bestehen, wie nach gemeinem Rechte in Grund- und persönliche Dienstbarkeiten, und sind dieselben hiernach entweder mit der herrschenden Sache oder mit der berechtigten Person dauernd verknüpft zu denken (§§. 535. ff., 600 ff. des B.G.B.).

In der Mitte zwischen beiden stehen:

1. die Fälle, wenn die ihrem Inhalte nach eine Grunddienstbarkeit bildende Berechtigung einem Andern ausnahmsweise nur für seine Person eingeräumt wird. Dies kann geschehen:

a. entweder wieder mit Beziehung auf ein dem Berechtigten eigenthümlich zugehöriges Grundstück, welches solchenfalls als das herrschende erscheint (§. 535, Absatz 2 des B.G.B.), oder

b. ohne diese Beziehung (§. 601, Abs. 2 des B.G.B.), wobei vorauszusetzen, dass die fragliche Berechtigung von der Art sein müsse, dass sie überhaupt einer Person Vortheil zu bringen vermöge.

Im ersteren Falle behandelt das Gesetzbuch die Beschränkung auf die Person nur als zeitliche Beschränkung der im Uebrigen als Grunddienstbarkeit zu beurtheilenden Servitut und es ist hieraus namentlich zu folgern, dass in diesem Falle mit dem Uebergange des als das herrschende zu betrachtenden Grundstückes in eine andre Hand die Servitut zur Erlöschung kommen, also nicht etwa nach erfolgter Veräusserung des Grundstückes in der Person des Berechtigten als eine persönliche noch fortdauern könne.

Im zweiten Falle ist selbstverständlich der Gesichtspunkt der Personalservitut der allein massgebende, nur mit der Ausnahme, dass die Wirksamkeit einer derartigen Servitut jedem Dritten gegenüber von dem Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch unabhängig ist. (Näheres vergl. unter §. 93.).

Umgekehrt schliesst:

2. der §. 540 des B.G.B. nur die Möglichkeit aus, dass ein unter die regelmässigen Kategorien der persönlichen Dienstbarkeiten fallendes Nutzungsrecht, z. B. ein die gesammten Nutzungen eines fremden Grundstückes umfassender Niessbrauch, resp. ein Wohnungsrecht, den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden könne, während

das Recht auf den Bezug einzelner Nutzungsbranchen an der fremden Sache sich sehr wohl als Grunddienstbarkeit denken lassen wird, wenn auch immer unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass durch selbige das Bedürfniss des herrschenden Grundstückes selbst und nicht bloss das rein persönliche seines jeweiligen Besitzers befriedigt werde, und dass nicht etwa die im folgenden §. 90. II. zu erwähnenden Grundsätze entgegenstehen.

§. 90. Von den Grunddienstbarkeiten insbesondere.

I. Die Unterscheidung zwischen Gebäude- und Feldservituten (praediorum urbanorum und rusticorum) mit der gemeinrechtlich an diese Eintheilung sich knüpfenden verschiedenen rechtlichen Behandlung beider Gattungen wird von dem Gesetzbuche nirgends mehr betont, obschon dasselbe die in den Rechtsquellen regelmässig zu der einen oder andern Kategorie gerechneten Arten von Dienstbarkeiten in §§. 541. ff. der Mehrzahl nach speciell berührt.

Dagegen hält das Gesetzbuch an der mit obiger Eintheilung fast factisch zusammenfallenden andern

1. in ständige Servituten (continuae) und

2. nichtständige (discontinuae) in dem Sinne fest, dass es zu der Classe 1. die sämmtlichen sogenannten negativen, ingleichen von den affirmativen diejenigen rechnet, welche zu ihrer Ausübung nicht jedesmal eine neue positive Willensäusserung seiten des Berechtigten voraussetzen; für die Classe 2. wird noch eine weitere Unterscheidung darnach gemacht, ob

a. die Häufigkeit ihrer Ausübung in das jederzeitige Belieben des Berechtigten gestellt, resp. wenigstens an gewisse regelmässig wiederkehrende Zeiträume geknüpft ist, oder ob

b. dieselbe von unregelmässig wiederkehrenden Gelegenheiten abhängt.

Die wichtigen Folgen dieser Eintheilung zeigen sich theils in der Lehre vom Rechtsbesitze an Grunddienstbarkeiten, theils in Bezug auf den Ersitzungserwerb und den Verlust durch Nonusus.

II. Unter den gewissen Arten von Dienstbarkeiten entgegenstehenden Gesetzen, deren im §. 540 des B.G.B. gedacht wird, ist vorzugsweise die zeitherige Ablösungsgesetzgebung gemeint.

Schon das Mandat über die Waldnebennutzungen und die in den Waldungen auszuübenden Befugnisse betr. vom 30. Juli 1813 trat einer Anzahl gemeinschädlicher Waldservituten durch mehrfache, deren Umfang und Erwerb wesentlich einschränkende Bestimmungen entgegen. Dahin gehörten die Hutungsbefugniss in den Wäldern, die Befugnisse zum Laubabstreifen, zum Stockroden, zum Harzreissen, zum Streurechen u. s. f. Später erklärte das Ablösungsgesetz von 1832 §. 101 diese sämmtlichen Befugnisse und noch eine Mehrzahl andrer nicht bloss der Forstwirthschaft, sondern überhaupt der Landescultur nachtheilige Gerechtsame für einseitig ablösbar, so besonders auch das sogenannte Beholzungsrecht an fremden Waldungen, ferner das Recht: Sand, Lehm und Steine aus fremden Grundstücken zu holen, sowie sämmtliche Gräserei- und Hutungsbefugnisse innerhalb und ausserhalb der Waldungen; endlich wurde auf diese sämmtlichen Servituten durch Gesetz vom 15. Mai 1851 die oben §. 88, III. 1. erwähnte Vorschrift gleichfalls erstreckt, so dass dieselben mit Ablauf des Jahres 1853, wenn bis dahin ihre Ablösung nicht beantragt gewesen, die Eigenschaft als dingliche Rechte bereits verloren haben.

III. Zu den einzelnen Gattungen der §§. 541 ff. des B.G.B. aufgezählten Grunddienstbarkeiten, (durch welche übrigens schon nach dem Ausspruche der Motive S. 722 die Zahl der möglicherweise vorkommenden kei-

neswegs erschöpft sein soll,) ist nur noch Folgendes zu bemerken:

a. Hinsichtlich der verschiedenen möglichen Wegegerechtigkeiten (§§. 548 bis 554) und deren Verhältniss zu einander ist der Römischrechtliche Grundsatz, dass regelmässig das iter die Befugniss zum Reiten und die via regelmässig auch die Befugniss zum Viehtreiben, sowie das Recht zum Lastenschleifen in sich schliesse, nach §§. 548, 549 des B.G.B. nur theilweise adoptirt. Die Breite des Fussweges wird beim Mangel einer hierüber vorhandenen vertragsmässigen oder auf der Ersitzung beruhenden oder sonstigen Bestimmung auf drei Fuss, die des Fahrweges auf acht Fuss ohne Rücksicht auf die nach dem Römischen Rechte bei der Wegebiegung (in anfractu) nöthigen Verdoppelung angenommen.

Der letzteren Abweichung liegt eine Bestimmung des Magdeburger Weichbildrechts, a. 130 [131] zu Grunde, die, obschon sie anscheinend nur von öffentlichen Wegen handelt, von der Sächsischen Praxis von jeher auch für Privatwege zum Anhalte genommen worden ist.

b. Die auf das Lichtrecht (in der Bedeutung der servitus ne luminibus officiatur) bezügliche Vorschrift in §. 545 des B.G.B. enthält insofern eine zweckmässige Neuerung, als sie mathematisch das Stück freien Himmels bestimmt, welches für ein mit dem Lichtrechte versehenes Fenster durch das gegenüber zu errichtende Bauwerk des Nachbars für den Einfall des Lichts offen gehalten werden muss. Weitergehend und deshalb hiermit nicht zu verwechseln ist natürlich das im §. 546 des B.G.B. gedachte Aussichtsrecht. Ein Fensterrecht in dem Sinne, dass mir in dessen Folge der Nachbar verwehren könnte, in meiner eigenen Mauer eine Lichtöffnung nach seinem Grundstücke zu haben, erwähnt das Gesetzbuch nicht speciell, sondern nur das (resp. dem allgemeinen Satze im §. 367 des B.G.B. gegenüber) als Dienstbarkeit zu be-

urtheilende Recht, in der gemeinschaftlichen Scheidewand, oder wohl gar in der eigenen Mauer des Nachbars eine Fensteröffnung anlegen zu dürfen (servitus luminum §. 547 des B.G.B.), und zwar soll letzteres Befugniss in der Regel zugleich das Lichtrecht in obigem Sinne, nicht aber das Aussichtsrecht mit in sich schliessen.

c. Die in §. 543 des B.G.B. erwähnte servitus stillicidii und fluminis hat insofern eine erweiterte Tendenz erhalten, als sie nicht bloss die Befugniss, mein Regen- oder Schneewasser auf das Nachbargrundstück abzuleiten, sondern auch als das Recht erscheinen kann, das vom Nachbargrundstücke ablaufende Wasser auf das eigene herüberzuleiten. Nach beiden Richtungen hin kann sie als eine Aufhebung oder Modification der für den natürlichen Wasserabfluss und die Dachtraufe geltenden gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vorkommen (§§. 354—357 des B.G.B.), und in beiderlei Gestalt wird dem jedesmaligen Berechtigten die Wahl verstattet, ob er für die Wasserzuleitung die Form des gewöhnlichen Tropfenfalles oder der Röhrenleitung wählen wolle.

§. 91. Fortsetzung. Von der Erwerbung und Erlöschung der Grunddienstbarkeiten.

Da das Gesetzbuch die Grundsätze des Hypothekengesetzes, wonach Grunddienstbarkeiten aller Art der Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche entzogen sind (d. h. sie bedürfen des Eintrags weder zu ihrer Begründung noch zu ihrer Wirksamkeit gegen jeden Dritten, und demnach dürfen sie überhaupt nicht eingetragen werden), beibehalten hat, so ist auch, soviel

A. die Erwerbungsgründe anlangt,

1. wie bisher der Erwerb der Grunddienstbarkeiten durch Ersitzung möglich. Das zeither im Wesentlichen auf dec. 3 von 1746 beruhende Recht erforderte hierzu

a. unter Beseitigung der Römischrechtlichen Unterscheidung zwischen absentia und praesentia des Besitzers der dienenden Sache einen während eines Zeitraumes von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen fortgesetzten Rechtsbesitz.

Dass die Decision nur von Rusticalservituten und, wie es scheint, zunächst nur von discontinuellen spricht, konnte nicht hindern, dieselbe auch auf die Gebäudeservituten anzuwenden, da nur bei ersteren wegen der ihnen der Regel nach abgehenden Continuität die Frage überhaupt streitig gewesen war, ob hier ein 31jähriger Besitzstand am Platze sei. Wegen der sonstigen Requisite schloss man sich an das Römische resp. canonische Recht an, indem man noch

b. Fehlerfreiheit des Besitzes,

daneben aber

c. fortgesetzte bona fides

erforderte.

Indess ertheilte man hinsichtlich der zwei letzten Requisite (b. und c.) die Beweislast nicht dem Ersitzenden zu, und noch weniger erforderte man von ihm etwa den Beweis des justus titulus.

Das Gesetzbuch hat nur ad a insofern eine Aenderung getroffen, als es die Ersitzungsperiode auf 30 Jahre reducirt, dafür aber auch bei gewissen Arten der discontinuellen Bezugnisse gesteigerte Anforderungen an die Darlegung des fortgesetzten Besitzstandes macht.

Die Sächsische Praxis, wie sie sich noch bei Kori in seinen und v. Langenn's Erörterungen Bd. I, 2. zusammengestellt findet, befolgte nämlich bis in die neuere Zeit bei der Ersitzung der jura discontinua die sogenannte Dreiactstheorie, d. h. sie verlangte regelmässig den Nachweis dreier, den vollen Verjährungszeitraum umfassender Besitzhandlungen, von welchen jedoch keine eine volle Extinctivverjährungsfrist von der andern entfernt

liegen durfte. Die etwaige besondere Eigenschaft des Rechts als eines solchen, das zu beliebiger Zeit oder nur zu gewissen, regelmässig oder unregelmässig wiederkehrenden Zeitpuncten ausgeübt werden könne, berücksichtigte man hierbei nur insofern, als man bei Rechten der ersteren Art erst aus einer von dem Gegner nachgewiesenen Sistirung der Ausübung während eines ganzen Jahres, bei Rechten der zweiten Gattung dagegen unter Umständen schon aus der Uebergehung einer einmaligen Ausübungsgelegenheit den Besitzverlust für den Ersitzenden folgerte. Seit dem von Einert, Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. II., 4. ff. unternommenen Angriffe auf diese Theorie hat man sich mehr der Ansicht zugewandt, dass es in jedem einzelnen Falle auf die Beurtheilung des Gesammtresultates des Verjährungsbeweises, also darauf ankomme, ob je nach den vorliegenden Umständen aus den beigebrachten mehreren Besitzacten die richterliche Ueberzeugung eines fortgesetzten Besitzstandes sich entnehmen lasse, beziehentlich ob man etwa bei vorhandenen Lücken durch einen Erfüllungseid nachzuhelfen berechtigt sei.

Das Gesetzbuch lässt es nun zwar in §. 582 rücksichtlich der in § 90. I., 2. b. gedachten zweiten Art discontinueller Befugnisse bei der erwähnten Dreiactstheorie bewenden und zwar wird hier nicht einmal darauf entscheidendes Gewicht gelegt, ob die einzelnen Acte länger als eine Verjährungsfrist auseinanderliegen, sobald nur nicht eine in der Zwischenzeit vorgekommene weitere Ausübungsgelegenheit nachgewiesen wird, wodurch also die auch in diesem Punkte abweichende Kori'sche Ansicht a. a. O. S. 21 ff. für reprobirt erscheint. Dagegen fordert §. 581 des B.G.B. bei den discontinuellen Dienstbarkeiten der ersteren Art (oben §. 90. I, 2. a.) den Nachweis von fünf Besitzacten, von welchen die drei in der Mitte liegenden selbst wieder über Jahresfrist auseinander liegen müssen. Die in diesem letzteren Falle

für den Ersitzenden begründete Rechtsvermuthung bleibt jedoch durch den Gegenbeweis zerstörbar, dass die Rechtsübung ein ganzes Jahr hindurch und bei in gewissen längeren regelmässigen Fristen wiederkehrenden Ausübungsgelegenheiten während des solchenfalls in Frage kommenden längeren Zeitraumes unterblieben sei.

Die von den gemeinrechtlichen Rechtslehrern meist bejahte Frage, ob schon einfacher aussergerichtlicher Widerspruch seiten des Gegners des Ersitzenden zur Unterbrechung genüge, beantwortet sich aus §§. 586 verb. mit 584 des B.G.B. insofern verneinend, als an ersterer Stelle nur sogenannte gerichtliche Unterbrechungsfälle (Anstellung der Negatorienklage, Ausbringung eines gerichtlichen Verbotes, sowie legale, d. h. bei Gericht angezeigte Pfändung) neben dem Anerkenntnisse des Eigenthümers des angeblich herrschenden Grundstückes, dass ihm die Dienstbarkeit nicht zustehe, für zulänglich erklärt werden, an letzterer Stelle aber eine Besitzhandlung nur dann als eine gewaltsame und somit vitiöse bezeichnet wird, wenn dieselbe mit Ueberwindung eines der Ausübung entgegengesetzten thatsächlichen Hindernisses vorgenommen wurde. Ueber die ältere Sächsische Praxis ist zu vergl. Kori in seinen und Langenns Erört. Bd. II, Erört. 10. Von den dort vorgetragenen verschiedenen Meinungen ist somit die Mittelmeinung als gebilligt zu betrachten, und es kann sich in dem einzelnen Falle daher nur noch um die Frage handeln, ob und inwieweit man in einer vom Eigenthümer etwa angebrachten Vorrichtung ein thatsächliches Hinderniss der Besitzausübung im Sinne des §. 584 des B.G.B. zu erblicken habe.

2. Bei vertragsmässiger Bestellung einer Grunddienstbarkeit genügte nach der zeither bei uns in foro geltenden Ansicht bei den affirmativen Servituten die blosse Vertragserrichtung nicht zu deren Begründung als jus in re, sondern es musste noch mindestens einmalige Aus-

übung derselben (sogenannte quasitraditio) hinzugetreten sein. Diese in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin fast allgemein herrschende Meinung hatte bei uns durch ein landesherrliches Decret vom 27. Februar 1830 (Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. Bd. IV. S. 207) noch besondere Bestätigung erhalten. Vom bürgerlichen Gesetzbuche ist sie aber aufgehoben und die Vertragserrichtung, wenn nur überhaupt die Absicht der Vertragsschliessenden erweislich auf alsbaldige Entstehung des servitutischen Rechtes ging, hierzu für ausreichend erklärt worden (§. 574 des B.G.B.).

B. Erlöschungsgründe.

Unter den verschiedenen möglichen Erlöschungsgründen ist der nonusus übereinstimmend mit unserem zeitherigen auf der dritten und fünften Decision von 1746 beruhenden Rechte dahin geordnet, dass der Regel nach die während eines ganzen Verjährungszeitraumes (jetzt dreissig Jahre, nach früherem Rechte einunddreissig Jahre sechs Wochen drei Tage) unterlassene Ausübung der Servitut dieselbe zur Erlöschung bringe, bei den discontinuellen Befugnissen der §. 90. I. 2. b. erwähnten zweiten Art aber daneben noch vorauszusetzen sei, dass mindestens innerhalb jener Frist dreimalige Gelegenheit vorhanden gewesen und unbenutzt gelassen worden sei. Das Requisit der usucapio libertatis, d. h. eines Zuwiderhandelns seiten des Servitutenpflichtigen, bei welchem sich der Berechtigte die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat, ist in §. 598 des B.G.B. nur auf die Servituten noch bezogen, vermöge deren dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes ein non facere obliegt, so dass also bei den anderen in der gemeinrechtlichen Doctrin häufig hierher bezogenen Servituten der einfache nonusus schon genügt und insbesondere bei der servitus oneris ferendi nichts weiter darauf ankommt, ob die vorausgegangene Aufhebung des Zustandes, zu dessen Auf-

rechterhaltung die Servitut berechtigte, Folge einer positiven Zuwiderhandlung des Verpflichteten gewesen, resp. ob der Berechtigte hiervon Kenntniss erlangt gehabt oder nicht. Zugleich wird auch die unserer Praxis zeither geläufig gewesene, bereits früher von Hänel in der Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. III, S. 157, angegriffene Theorie der sogenannten Conservativacte in §. 599 des B.G.B. verworfen, vermöge deren der Berechtigte, wenn er eine auf einem über die Verjährungszeit zurückliegenden Erwerbstitel beruhende affirmative Servitut geltend machte, der Vermuthung einer in der Zwischenzeit durch nonusus eingetretenen Erlöschung durch ausdrückliche Bezugnahme auf einzelne Ausübungshandlungen zu begegnen haben sollte, eine Ansicht, die theoretisch gewiss ungerechtfertigt, ihren Stützpunkt gleichfalls in der oben A., 2. a. E. erwähnten landesherrlichen Willensäusserung fand.

§. 92. **Von den persönlichen Dienstbarkeiten.**

Das Gesetzbuch kennt (abgesehen für jetzt von dem unten §. 95. zu behandelnden Bau- und Kellerrechte) nur zwei regelmässige Hauptgattungen persönlicher Dienstbarkeiten: den Niessbrauch und den Gebrauch, indem das neben letzteren §§. 638 ff. gestellte Wohnungs- und Herbergsrecht nicht wie die Römischrechtliche habitatio als ein vom usus verschiedenes, demselben coordinirtes Rechtsinstitut, sondern das eine, wie das andere lediglich als eine nach Gegenstand und Inhalt beschränktere Unterart des Gebrauchsrechtes in seiner Beziehung auf Wohngebäude sich darstellt.

Ebenso wird die vierte in den Römischen Rechtsquellen erwähnte Gattung von Personalservituten, soweit sie überhaupt heutzutage noch als o p e r a e a n i m a l i u m denkbar sein würde, je nach dem Umfange des an dem fremden Thiere bestellten Nutzungsrechtes, bald unter den Gesichtspunct des Niessbrauchs, bald unter den des

blossen Gebrauchs zu subsumiren sein. Gleiches gilt endlich in den Fällen, wo nach dem Inhalte des betreffenden Rechts nur einzelne Seiten des Fruchtgenusses, resp. des Gebrauchs einer Sache für den Servitutberechtigten in Frage kommen, wie z. B. in den oben §. 89, I. b. erwähnten Fällen.

Neben der dem Niessbrauche, wie dem Gebrauche gemeinschaftlichen, von den Grunddienstbarkeiten sie wesentlich unterscheidenden Gebundenheit derselben an die Person des Berechtigten betreffs ihrer Existenz und Dauer tritt beim Gebrauchsrechte diese Abhängigkeit von der Person zugleich noch in einem anderen Sinne, als beim Niessbrauche darin hervor, dass bei jenem lediglich das eigene leibliche Bedürfniss des Berechtigten selbst, beziehentlich seiner Angehörigen es ist, welches Umfang und Maass des Rechtes in concreto bestimmt, während beim Niessbrauche die regelmässigen Nutzungen, welche die demselben unterworfene Sache gewährt, von dem Berechtigten auch über seinen Bedarf hinaus insoweit in Anspruch genommen werden dürfen, als überhaupt ein vermögensrechtliches Interesse auf seiner Seite dazu vorhanden ist. Deshalb ist auch beim Niessbrauche die Uebertragung desselben auf Andere wenigstens seiner Ausübung nach gestattet: vergl. auch oben §. 84. unter 1, beim Gebrauchsrechte dagegen selbst dieses nicht und zwar in keiner seiner Formen mehr, also besonders auch zum Unterschiede vom Römischrechtlichen usus aedium und der habitatio nicht einmal beim sogenannten Wohnungsrechte, §. 600 verb. m. §. 643 des B.G.B. Ein trotzdem vom Berechtigten mit einem Dritten eingegangenes Veräusserungsgeschäft ist übrigens nach §. 600 letzter Absatz einfach wirkungslos, so dass also weder der Eigenthümer der dienenden Sache einen Consolidationsgrund, noch auch der Mitcontrahent, wie dies wenigstens beim Niessbrauche denkbar sein würde, eine Uebertragung des

Rechtes seiner Ausübung nach gegen den Veräusserer daraus ableiten kann. Ueber die hier entschiedenen gemeinrechtlichen Controversen ist zu vergl. Vangerow, Leitf. f. Pandectenvorl. §. 344. Anm. 3.

Andererseits darf wohl nach Analogie der von der Verpfändung eines Niessbrauches geltenden Grundsätze davon ausgegangen werden, dass durch die Uebertragung der Ausübung desselben auf einen Anderen zwischen diesem und dem Usufructuar nicht ein bloss obligatorisches Rechtsverhältniss hergestellt, sondern der Andere dadurch in den Stand gesetzt werde, sich in dem ihm eingeräumten Fruchtgenusse auch gegen Dritte (inbesondere auch gegen den Eigenthümer der dienenden Sache), z. B. selbst für den Fall eines Verzichts des Usufructuars auf sein Recht, beziehentlich in sonstigen Fällen der Consolidation des letzteren mit dem Eigenthume der dienenden Sache im Zweifel auf die Lebenszeit seines Auctors wirksam zu behaupten.

Im Einzelnen ist rücksichtlich

I. des Niessbrauchs in seiner regelmässigen Gestalt an nicht vertretbaren Sachen (§§. 604 ff.) wie in seiner anomalen Bedeutung in Bezug auf verbrauchbare Sachen (§§. 623 ff.), in Bezug auf ein Gesammtvermögen resp. einen quotalen Theil desselben (§§. 631 ff. des B.G.B.) u. s. f. folgendes vom zeitherigen Rechte zum Theil Abweichendes hervorzuheben:

a. Die Cautionspflicht des Usufructuars ist zwar auch jetzt noch eine allgemeine, d. h. (abgesehen von den für den gesetzlichen Niessbrauch des Ehemanns und pater familias geltenden singulären Vorschriften) in allen Fällen des verus wie des quasi ususfructus gleichmässig wiederkehrende, kann aber vom Besteller ebenso unterschiedslos (also besonders auch in den bei Arndts Lehrb. der Pand. §. 180, Anm. 3. erwähnten Fällen) wirksam erlassen werden, nur dass bei hervortretender besonderer Gefährde

oder nachweisbarem unpfleglichen Gebrauche der Sache die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung trotz des vorausgegangenen Erlasses wieder eintritt (§§. 617 ff. 629, 636 des B.G.B.).

b. Zu der schon gemeinrechtlichen Verpflichtung des Niessbrauchers, die auf der Sache liegenden Lasten, ingleichen bei Gebäuden den laufenden Reparaturaufwand zu bestreiten, bringt §. 612 des B.G.B. auch noch die Verbindlichkeit zu Berichtigung der jährlichen Zinsen von allen bei Beginn des Ususfructus auf dem Grundbuchfolium eingetragenen Hypothekencapitalien hinzu, gleichviel, ob sie den aus den Grundstücksnutzungen zu ziehenden Reingewinn übersteigen oder nicht.

c. Während nach unserem zeitherigen Rechte der an einem Bergwerksantheile (Kuxe) oder an einem Auszugsrechte bestellte Niessbrauch dem Usufructuarius nur erst wieder das Recht auf den Zinsengenuss an der jährlichen Ausbeute des Kuxes oder an den jährlich verfallenden Auszugsprästationen (diese als Capital gedacht) gewährte (cst. 25, pte. III. Bekanntmachung des O.A.G. vom 2. October 1839, No. 13.), sollen künftig dergleichen Erträgnisse, soweit sie während der Dauer des Ususfructus fällig wurden, ebenso wie bei der Leibrente die einzelnen Jahresrenten dem Usufructuar als Nutzungen zufallen (§ 630 des B.G.B.).

II. Der Gebrauchsberechtigte ist abweichend vom gemeinen Rechte sowohl von der Cautionspflicht, als von der Verbindlichkeit zu Tragung der auf der Sache ruhenden Lasten frei (§. 640 des B.G.B.). Vielmehr hat er, wenn sich sein Gebrauchsrecht auf Gebäude bezieht, ebenso wie der Wohnungsberechtigte im engeren Sinne nur den gewöhnlichen Reparaturaufwand zu bestreiten. Zu dem usus aedium verhält sich übrigens das sogenannte Wohnungsrecht seinem Gegenstande und Inhalte

nach einfach wie das minus zum majus, insofern das erstere auch nicht bewohnbare Localitäten, sei es ausschliesslich oder doch mit zum Gegenstande haben kann. Andrerseits besteht zwischen dem Wohnungs- und dem Herbergsrechte nur insofern ein begrifflicher Unterschied, als ersteres in Gemässheit des im §. 527. des B.G.B. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes an den dem Berechtigten zugewiesenen Localitäten ein concurrirendes Benutzungsrecht des Proprietars in der Regel ausschliessen wird, während letzteres von vornherein nur ein Mitbenutzungsrecht an den gewöhnlichen Wohnungs- bez. Wirthschaftsräumen einer Haushaltung gewährt. Ueber die Personen der Angehörigen des Berechtigten, auf welche sich unter Umständen das Gebrauchsrecht erstreckt, sind zu vergl. §§. 639, 641 des B.G.B.

§. 93. Entstehung und Beendigung der persönlichen Dienstbarkeiten.

I. Als Entstehungsgründe kommen nur noch:

A. Privatwillensdisposition,

B. Richterliche Entscheidung,

C. Gesetz

in Betracht, während der Ersitzungserwerb ungeachtet des auch bei den persönlichen Dienstbarkeiten möglichen Rechtsbesitzes hier im Gegensatze zu den Grunddienstbarkeiten ausgeschlossen ist (§. 647 des B.G.B.).

Zu A. ist zu bemerken, dass ein ususfructus omnium bonorum im eigentlichen Sinne, so dass derselbe das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen umfasst, nach §. 631 des B.G.B. nicht weiter im Wege des Vertrages, sondern nur noch in dem der letztwilligen Verfügung begründet werden kann. Ist nur das gegenwärtige Vermögen oder ein ideeller Theil desselben Gegenstand des Niessbrauches, so ist zwar auch künftig die

vertragsmässige Bestellung möglich, jedoch soll ein das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen umfassender Bestellungsvertrag selbst in Ansehung des gegenwärtigen Vermögens wirkungslos sein. Im Uebrigen gilt auch für die persönlichen Dienstbarkeiten nach §. 644 des B.G.B. der Satz, dass dieselben auch ohne Hinzutritt einer quasitraditio durch den Vertragsabschluss direct zur Entstehung gelangen, dies selbst bei einem an einem Immobile zu bestellenden Niessbrauche oder Gebrauchsrechte, und ebensowenig bedarf es hier zur Begründung des diesfallsigen jus in re (abweichend vom zeitherigen Rechte) an sich noch der Verlautbarung desselben im Grund- und Hypothekenbuche. Nur findet insoweit im Vergleiche zu den Grunddienstbarkeiten der wichtige Unterschied statt, dass die Eintragung der persönlichen Dienstbarkeiten auf dem Folium des verpflichteten Grundstückes jedenfalls zulässig, ja unter Umständen sogar nothwendig ist, um denselben ihre volle Wirksamkeit gegenüber solchen dritten Personen zu sichern, welche ein nur durch Eintrag erwerbbares Recht an dem dienenden Grundstücke später erlangen (§. 646 des B.G.B.). Mit einer später daran bestellten Reallastberechtigung kann zwar eine Collision nicht füglich vorkommen, wohl aber um so leichter mit einem später am Grundstücke erworbenen Eigenthume oder einer später daran bestellten Hypothek. Hier soll der neue Erwerber nur die zur Zeit seines Besitzereintrags aus dem Grund- und Hypothekenbuche ersichtlichen persönlichen Dienstbarkeiten zu übernehmen, und ebenso der Hypothekarier nur die zur Zeit seiner Hypothekenbestellung verlautbarten Dienstbarkeiten gegen sich gelten zu lassen verbunden sein (§. 376 des B.G.B.). Handelt es sich insbesondere um einen Niessbrauch, so sichert dessen Eintrag dem Usufructuar das Recht, einer von einem später erst eingetragenen Hypothekarier ausgebrachten Sequestration, soweit solche sein

Fruchtrecht beeinträchtigen würde, zu widersprechen (§. 402 des B.G.B. vergl. oben §. 71, S. 266.). Ebenso ist beim Niessbrauche dessen Verlautbarung einer später am Grundstücke bestellten Realservitut gegenüber insofern nothwendig, als sich der Niessbraucher (abweichend von dem allgemeinen Grundsatze in §. 529 des B.G.B.), sobald derselbe nicht eingetragen ist, die ihm selbst nachtheilige Ausübung der Grunddienstbarkeit allerdings gefallen lassen muss (§. 569 des B.G.B.). Der Eintrag der Dienstbarkeit erfolgt übrigens in allen diesen Fällen in der zweiten Folienrubrik unter den sogenannten Dispositionsbeschränkungen (§. 133, 3. verb. m. §. 114, 5. der Gerichtsordnung). Ist dagegen die persönliche Dienstbarkeit eine solche, welche über den Inhalt einer Grunddienstbarkeit nicht hinausgeht, so ist ihre Eintragsfähigkeit, resp. Eintragsbedürftigkeit ganz ausgeschlossen (zu vergl. oben §. 89, 1, b.).

Zu B., s. oben §. 43 S. 145. ff. und §. 343 des B.G.B. Schlussworte des ersten Satzes.

Zu C. Unter den Fällen des gesetzlichen Niessbrauches sind die auf gewissen Familienverhältnissen, Ehe, väterlicher Gewalt beruhenden gemeint. Sie bedürfen des Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche nicht; hier ist derselbe nicht einmal zulässig. Im Uebrigen erleiden die vom Ususfructus, soweit derselbe auf Rechtsgeschäften oder richterlicher Entscheidung beruht, geltenden Grundsätze wegen des der Regel nach concurrirenden ausgedehnten Verwaltungsrechts des Ehemannes, resp. Vaters nicht unwesentliche Modificationen, so dass hierüber das Nähere erst im Familienrechte im Zusammenhange zu erwähnen ist.

II. Die in §§. 649 ff. des B.G.B. zusammengestellten Erlöschungsgründe sind in der Hauptsache die gemeinrechtlichen. Die Erlöschung durch nonusus bezieht sich jezt auf alle Arten der persönlichen Dienstbarkeiten

(also besonders auch auf das Gebrauchs- und Wohnungsrecht, abweichend von den gemeinrechtlich hier rücksichtlich des usus resp. der habitatio geltenden Beschränkungen).

Nur der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen (quasiususfructus) ist insoweit ausgenommen (§§. 655, 659 des B.G.B.). Der scheinbare Verstoss gegen das Ingrossationsprincip, welcher darin gefunden werden könnte, dass selbst bei einer im Grund- und Hypothekenbuche eingetragenen persönlichen Dienstbarkeit nach §. 655 eine Erlöschung durch nonusus angenommen wird, erklärt sich aus der veränderten Bedeutung, welche dem oben ad I. A. Bemerkten zu Folge der Verlautbarung der Dienstbarkeit im Grundbuche vom Gesetzbuche beigelegt wird, wonach nicht mehr das dingliche Recht an sich, sondern nur dessen Wirksamkeit als Dispositionsbeschränkung den dort gedachten dritten Personen gegenüber davon abhängt.

§. 94. Rechtsmittel zum Schutze der Dienstbarkeiten.

Zum Schutze der Grunddienstbarkeiten wie der persönlichen, sind sowohl possessorische, als petitorische Rechtsmittel gegeben. Während nämlich bei der Reallast mit Negirung der Möglichkeit eines Rechtsbesitzes an selbigen die Füglichkeit einer auf ihren Schutz abzweckenden Besitzklage von selbst wegfällt (s. die Ausnahmen in §. 531 des B.G.B.), gilt bei den Dienstbarkeiten das Umgekehrte. Der rücksichtlich ihrer stattfindende Rechtsbesitz ist nach §. 530 des B.G.B. im Allgemeinen nach den über den Sachbesitz geltenden Vorschriften zu beurtheilen. Bei Grunddienstbarkeiten setzt derselbe vor Allem Besitz am herrschenden Grundstücke voraus, zu welchem aber ausserdem noch die factische Ausübung des am fremden Grundstücke in Anspruch genommenen servitutischen Rechtes hinzutreten muss.

Nur bei den rein negativen Grunddienstbarkeiten kann deren factische Apprehension, welche hier an sich in der erfolgreichen Vornahme der betreffenden Prohibitivhandlung bestehen würde, auch schon durch ausdrückliche Einräumung oder Anerkennung derselben seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstückes ersetzt werden (§§. 556—558 des B.G.B.). Um auf Grund des solchergestalt erlangten Quasi- oder Rechtsbesitzes Schutz gegen den Besitzer oder Eigenthümer des dienenden Grundstückes beanspruchen zu können, hat der Besitzer nach §. 560 des B.G.B. auch noch eine mindestens einjährige Dauer seines Rechtsbesitzes, und zu dem Ende bei discontinuellen Servituten aller Art eine mindestens dreimalige Wiederholung der betreffenden Ausübungshandlung darzuthun, dergestalt, dass die neueste dieser Besitzhandlungen in das letzte Jahr vor der erfolgten Besitzstörung fällt und zwischen ihr und dem ersten Besitzacte mindestens ein Jahr abgelaufen sein muss. Hierdurch ist die über die Auslegung der entsprechenden Stelle des Anhangs der Erläuterten Processordnung §. 19 zeither herrschende Meinungsverschiedenheit (zu vgl. Osterloh summ. Proc. §. 55, not. 8) zu Gunsten der Ansicht des Oberappellationsgerichtes entschieden. Bei denjenigen persönlichen Servituten, deren Ausübung die Innehabung der dienenden Sache voraussetzt, z. B. ususfructus verus, kommt natürlich dem Rechtsbesitzer der Servitut ausserdem auch noch die Vorschrift in §. 208 des B.G.B. zu Statten (vergl. oben die Lehre von den Besitzrechtsmitteln §. 49, S. 168 ff.). Bei persönlichen Servituten anderer Art dagegen sind die über den Rechtsbesitz von Grunddienstbarkeiten geltenden Vorschriften, soweit thunlich, analog zur Anwendung zu bringen (§. 602 Abs. 2 des B.G.B.). Rücksichtlich der petitorischen Confessorienklage endlich bleibt es nach §§. 532 ff. in Verb. m. §§. 503 ff.

und §. 603 des B.G.B. bei den gemeinrechtlichen Grundsätzen. Das blosse Bestreiten der Servitut (sogenannte Verbalturbation) wird hier ebenso wie bei der actio negatoria nach §. 321 des B.G.B. gleichfalls nur dann als eine zur Klaganstellung berechtigende Störung behandelt, wenn dieses Bestreiten auf Grund eines dem Störer angeblich zustehenden eigenen Rechtes erfolgte.

§. 95. **Baurecht und Kellerrecht.**

v. Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht, Theil I. — V. Ordinariatsprogramme aus den Jahren 1866 bis 1868..

Wie bereits oben §. 89 erwähnt, stellt das Gesetzbuch im §. 661 auch noch das vom gemeinen Rechte als besondere Gattung der Rechte an fremden Sachen behandelte Superficiar- oder Platzrecht unter der obigen Bezeichnung unter die Dienstbarkeiten. Es versteht darunter die Berechtigung, ein Gebäude auf oder einen Keller in fremdem Grund und Boden zu haben und zu benutzen, indem es zu deren Charakterisirung nur noch beifügt, dass das Verhältniss zwischen Berechtigten und Verpflichteten nach den Vorschriften über die persönlichen Dienstbarkeiten zu beurtheilen sei.

In unserer Hypothekengesetzgebung von 1843 war das Institut ganz mit Stillschweigen übergangen und die Commentatoren des Hypothekengesetzes (Heyne, Commentar I., S. 74 ff., II., S. 177 ff., Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht, S. 60 ff.) halfen sich mit der Annahme, dass da, wo Jemand kraft besonderer Rechtsverleihung Seiten des Grundeigenthümers auf dessen Grund und Boden ein Gebäude zu bleibenden Zwecken aufgeführt habe, sein diesfallsiges Recht nur dadurch mit dem In-

grossationssysteme in Einklang gebracht werden könne, dass für dasselbe wie für die in §. 14 des Gesetzes erwähnten selbständigen fruchtbringenden dinglichen Rechte (zu vergl. ob. §. 59 a. E.) ein eigenes Folium im Grund- und Hypothekenbuche angelegt werde. Dass hierzu die jedesmalige Genehmigung der Oberbehörde, d. h. nach Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher, die des Justizministeriums schon damals gehört habe, ist mit Grund nicht zu bezweifeln und wird auch von Siegmann a. a. O. wohl nicht bezweifelt, wie aus dessen ausdrücklicher Verweisung auf den §. 14 des Hypothekengesetzes sich ergiebt, wenn schon das Oberappellationsgericht in der Zeitschrift für Rechtspflege Bd. XXIX. S 321 unter Berufung auf letzteren Schriftsteller für unser früheres Recht das Gegentheil behauptet. Eher würde Heyne a. a. O. hierfür haben als Autorität benutzt werden können; indessen schrieb dieser in der Zeit vor Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher, wo jene Genehmigung noch in der Hand der Commission für Aufstellung der Grund- und Hypothekenbücher lag, deren Mitglied Heyne war.

Dasselbe Auskunftsmittel ergreift nun auch das bürgerliche Gesetzbuch und verbindet mit der erfolgten Folienanlegung die Wirkung, dass dadurch das Bau- u. Kellerrecht über die Sphäre der persönlichen Servituten hinaus zu einem selbständigen veräusserlichen und vererblichen Rechte erhoben werde. Dabei geht dasselbe aber keineswegs so weit, mit den vorgenannten Schriftstellern a. a. O. dem Platzberechtigten förmliches Eigenthum an dem auf fremdem Grund und Boden aufgeführten Bauwerke zuzuschreiben, und man wird daher von folgenden Gesichtspuncten im Allgemeinen auszugehen haben:

1. Das sogenannte Bau- und Kellerrecht enthält keine Abweichung von dem allgemeinen, auch im Gesetzbuche §§. 284 ff. als Regel festgehaltenen Accessionsprincipe,

wonach das Eigenthum an Gebäuden dem Grundeigenthümer ipso jure mit dem Augenblicke der Erbauung zufällt, und insbesondere kommt auch die in den Schlussworten des §. 284 des B.G.B. gedachte Ausnahme (zu vergl. oben §. 62, B., 3) in der Regel hier nicht in Betracht und könnte höchstens dann in Frage gelangen, wenn die Errichtung des Bauwerks erwiesener Maassen nur zu vorübergehenden Zwecken geschah, was aber an sich keineswegs in dem Begriffe des Bau- und Kellerrechtes liegt. Selbst die Erlangung eines besonderen Grundbuchsfoliums ändert rücksichtlich des Eigenthums am Gebäude Nichts, indem hierdurch nach der Auffassung des Gesetzbuches das Recht des Superficiars nicht aus der Reihe der Rechte an fremder Sache heraustritt, sondern nur diejenige den Servituten fremde Eigenschaft verliehen erhält, welche ihm nach Vorschrift des gemeinen Rechtes schon an sich und begrifflich zukommt, nämlich die freie Veräusserlichkeit und Vererblichkeit und damit das Recht, nach den von Immobilien überhaupt geltenden Grundsätzen das jus in re mit Hypotheken, Reallasten u. s. w. unter den hierfür geltenden Formen zu beschweren.

2. Gegenstand der hier fraglichen Berechtigung können nur Bauwerke sein, nicht auch sonstige unter das Accessionsprincip fallende, mit dem Grund und Boden verbundene Sachen, namentlich also nicht Pflanzen oder ganze Waldungen, Baumschulen u. s. w. Umgekehrt wird aber nach der Fassung des §. 661 des B.G.B. kein Unterschied zu machen sein zwischen einem von dem Berechtigten auf fremdem Grund und Boden erst neu errichteten oder einem zur Zeit der Bestellung der Berechtigung schon vorhandenen Gebäude. Nur auf das Rechtsverhältniss des Superficiars zum Grundeigenthümer und dem hiernach sich nach Befinden modificirenden Umfange

seines Dispositionsbefugnisses über das Gebäude kann dieser Umstand von Einfluss werden.

3. Da das Rechtsverhältniss zwischen dem Grundeigenthümer und dem Inhaber des Bauwerks sich bis zur Anlegung eines besonderen Foliums für die fragliche Berechtigung lediglich nach den über persönliche Dienstbarkeiten geltenden Grundsätzen richten soll, so erlischt die Berechtigung auch bis dahin nicht bloss durch den Tod des Berechtigten (§. 656 des B.G.B.), sondern auch durch Nichtgebrauch (§. 655 des B.G.B.). Andererseits leidet auf dieselbe bis zu selbständiger Folienanlegung auch dasjenige Anwendung, was oben in §. 93, I. a. über die Nothwendigkeit bemerkt wurde, die persönlichen Dienstbarkeiten durch Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche auf dem Folium des dienenden Grundstückes gegen die Folgen des Publicitätsprincipes zu schützen. Nur soll das Bau- und Kellerrecht bei seiner Eintragung nach §. 124, 8, verb. mit §. 133, 3 der Gerichtsordnung, nicht in der zweiten, sondern in der ersten Folienrubrik seinen Platz finden. Jedoch ist auch hier die Entstehung des jus in re an sich von dieser Verlautbarung als unabhängig zu denken. Hierbei ist natürlich immer vorauszusetzen, dass das ganze Rechtsverhältniss nach der sich kundgebenden Absicht der Betheiligten nicht etwa in den Grenzen eines bloss obligatorischen stehen geblieben sei.

4. Da das Gesetzbuch ausdrücklich nur von einem Haben und Benutzen des fraglichen Bauwerkes seiten des Berechtigten spricht und übrigens im Allgemeinen auf die Analogie der persönlichen Dienstbarkeiten verweist, so wird man dem Berechtigten, soweit im einzelnen Falle nicht abweichende Abmachungen zwischen ihm und dem Grundeigenthümer bestehen, das Recht des beliebigen Abbruches des Gebäudes nicht einräumen, und ebenso-

wenig das Wiederaufleben des etwaigen früheren Eigenthumes des Berechtigten an dem eingebauten Materiale annehmen dürfen (s. oben §. 62, B. I.); vielmehr ist man auch hier im Zweifel rücksichtlich des Umfanges des Dispositionsbefugnisses des Berechtigten an die betreffs des Ususfructus nach §§. 610 ff. bestehenden Grundsätze gewiesen.

III. Theil.

Das Recht der Forderungen.

I. Abtheilung.

Von den Forderungen im Allgemeinen.

1. Abschnitt: Verschiedenheit der Forderungen nach ihrem Gegenstande.

§. 96. I. Geldleistungen.

Ueber unsere ältere Sächsische Münzverfassung vgl. Haubold, Lehrbuch §. 273 a in den Zusätzen.

Die hierher gehörigen Bestimmungen des Gesetzbuches in §§. 665 — 672 lösen sich in folgende Hauptsätze auf:

1. Beim Mangel besonderer Festsetzung können Geldzahlungen aller Art in den am Zahlungsorte zur Zeit der Zahlung gültigen inländischen oder ihnen gleichgestellten ausländischen Münzsorten geleistet, beziehentlich gefordert werden (§. 665 des B.G.B.). Hierunter sind für Sachsen

a. zunächst die in dem jetzigen 30-Thaler-Fusse oder dem ihm der Sache nach vollständig gleichstehenden früheren

14-Thaler-Fusse ausgeprägten Landessilbermünzen zu verstehen. Als zulässig kleinstes in dem Landesmünzfusse auszuprägendes Theilstück sind laut Münzvertrag von 1857 die $^1/_6$-Thalerstücke anerkannt. Diese werden noch zu dem sogenannten Courantgelde gerechnet, dessen Annahme Niemand verweigern kann, während die zur Ausgleichung im Handels- und Kleinverkehre meist nach einem leichteren als dem Landesmünzfusse ausgeprägten kleineren Silber- und Kupferstücke als Scheidemünze gelten. Von dieser gilt der Grundsatz, dass Niemand genöthigt werden kann, dieselbe in Zahlung anzunehmen, so lange und soweit die zu zahlende Summe in den kleinsten der vorgedachten gröberen Münzsorten sich effectuiren lässt (Gesetz: das in Folge der neueren Münzverfassung festzustellende Verhältniss der künftigen Landesmünzen zu den zeitherigen etc. betr., vom 21. Juli 1840, §. 21 und Münzvertrag vom 24. Januar 1857, Art. 14 a. E.).

Ferner gehören zu den gültigen inländischen Sorten

b. die in Verordnung, die als verboten anzusehenden Münzen betr., vom 8. September 1841 §. 5, a. und b. gedachten, in dem älteren 20-Gulden-Fusse ausgeprägten Kursächsischen resp. Königl. Sächsischen Münzstücke.

c. Als den inländischen gleichgestellte ausländische Münzsorten haben zu gelten die in denjenigen Staaten, welche mit Sachsen durch den Münzvertrag von 1857 verbunden sind, entweder gleichfalls nach dem 30-Thaler-Fusse, beziehentlich nach dem 45- oder $52^1/_2$-Gulden-Fusse ausgeprägten sogenannten Vereinsmünzen (Münzvertrag, Art. 8), und die in der Verordnung vom 8. September 1841 unter a. gedachten Königl. Preussischen Münzsorten, sowie einiger anderer dort genannter Staaten.

2. Wie viel von den solchergestalt verwendbaren Zahlungsmitteln im einzelnen Falle zu Tilgung einer Geldschuld erforderlich sei, bestimmt sich zunächst nach dem

Werthe, welchen die Münze, in der die Geldschuld ausgedrückt ist, zur Zeit der Entstehung der Schuld hatte. Zwar findet sich dieser Satz in §. 667 des B.G.B. nur von dem Falle einer auf Rückgabe einer früher empfangenen Geldsumme gerichteten Schuld ausgesprochen. Es fällt jedoch völlig unbedenklich, das gleiche Princip auch von anderen Fällen einer früher entstandenen Schuld ohne Rücksicht auf deren Rechtsgrund gelten zu lassen: vgl. specielle Motive S. 741, 3.

Dabei ist unter dem Werthe einer im Inlande gültigen oder ihr gleichgestellten ausländischen Münzsorte nach §. 666 des B.G.B. in der Regel weder der *Metallwerth* (d. h. der reelle, durch den Feingehalt der Münze bestimmte Werth) noch der *Curswerth* (auch Verkehrswerth im Gesetzbuche genannt), sondern der *Nennwerth*, d. h. der ihm durch die Prägung beigelegte Werth zu verstehen, sofern nicht ausnahmsweise durch das Gesetz der betreffenden Münzsorte zur Zeit der Begründung der Forderung ein anderer Werth (sogenannter *gesetzlicher Werth*) beigelegt war. Hatte in der Zwischenzeit von der Entstehung bis zum Verfalle der Schuld eine Münzveränderung stattgefunden, so ist ausserdem noch das gesetzliche *Werthsverhältniss* zu berücksichtigen, in welchem die Münzen neuer Währung zu den Münzen früherer Währung stehen. Z. B. ein im Jahre 1832, also unter der Herrschaft des 20-Gulden-Fusses schuldig gewordenes Capital von 300 Thaler ist im Zweifel in der damaligen Landeswährung, dem sogenannten Conventionsmünzfusse, zu verstehen und deshalb mit 300 Thaler im 14- oder 30-Thaler-Fusse unter einem Agiozuschlage von $2^{7}/_{9}\%$ zu tilgen (Gesetz vom 21. Juli 1840 §. 3 und Reductionstabelle im Gesetz- und Verordnungsblatte S. 185). Auf den reellen oder Metallwerth der Münzen im Gegensatze zu ihrem Nennwerthe kann, es nur ausnahmsweise in den Fällen der §§. 669, 670 des B.G.B. (wenn näm-

lich aus den alten Münzgesetzen der Werth nicht auszumitteln ist, sowie wenn das Geld als Waare betrachtet wird) ankommen.

3. Goldmünzen, selbst die von den durch den Münzvertrag verbundenen Staaten ausgeprägten Vereinsgoldmünzen (Krone und halbe Krone) gelten keineswegs als ein die landesgesetzliche Silberwährung vertretendes Zahlungsmittel, und ist in dieser Eigenschaft Niemand zu deren Annahme verpflichtet. Ihr Silberwerth im gemeinen Verkehre bestimmt sich vielmehr lediglich nach dem Verhältnisse des Angebots zur Nachfrage, Curswerth (§. 666 des B.G.B. a. E., Münzvertrag von 1857, Art. 18. — Verordnung vom 19. Mai 1857, §. 10).

4. Auch das Papiergeld, selbst das inländische, braucht, da es einem Zwangscurse nicht unterliegt und nach dem Münzvertrage Art. 22 nicht unterliegen soll, im gemeinen Geldverkehre als Zahlung nicht angenommen zu werden. In Ansehung der Königl. Sächsischen Cassenbillets leidet solches nur bei Zahlungen an die Staatscasse oder aus derselben eine Ausnahme (Gesetz vom 6. September 1855, §. 5) und ebenso können natürlich in Ansehung der von gewissen Privatkörperschaften in Gemässheit besonderen Privilegs ausgegebenen Cassenbillets oder Banknoten die emittirenden Körperschaften selbst die Annahme derartiger von ihnen ausgegangenen Werthszeichen nie verweigern. Der Gebrauch ausländischen Papiergeldes und dem gleichstehender Werthzeichen in Stücken unter zehn Thalern war sogar durch Verordnung: das Verbot der Zahlung mit fremdem Papiergelde u. s. w. betreffend, vom 8. Juli 1855 für den Privatverkehr im Inlande mit Ausnahme der blossen Wechselgeschäfte schlechthin bei Strafe verboten. Durch Verordnung vom 18. Mai 1857, §. 1 ist aber dieses Verbot dahin erläutert, beziehentlich ergänzt worden, dass ausländische auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen oder Werthzeichen

von zehn Thalern und darüber (mit Ausnahme jedoch des von fremden Staaten selbst ausgegebenen Papiergeldes) zur Zahlung im Inlande nur unter der Voraussetzung gebraucht werden dürfen, wenn deren Aussteller mindestens in Leipzig und denjenigen Orten des Inlandes, wo sie Zweiggeschäfte und Agenturen unterhalten, eine Auswechselungscasse errichten, bei welcher der Umtausch des betreffenden unverzinslichen Werthzeichens jederzeit bewirkt werden kann.

5. Das Ausbedingen von Gold und ausländischer Silbermünze ist zwar zulässig, dagegen ist der Schuldner bei einer im 14- oder 30-Thaler-Fusse zu entrichtenden Zahlung zu Gewährung bestimmter einzelner Münzstücken oder Sorten nicht verpflichtet, selbst wenn er solches ausdrücklich zugesagt haben sollte. Eine Ausnahme machen insoweit die oben 1, c. erwähnten sogenannten Vereinsmünzen (Gesetz vom 21. Juli 1840, §§. 1, 5, 18, verb. mit dem Münzvertrage von 1857 Art. 8 a. E. und Verordnung vom 19. Mai 1857, §§. 12, 14).

§. 97. II. Von den Zinsen.

A. Begriff und Entstehungsgründe.

Die Zinsen kommen hier nur in dem Sinne der Römischen usurae in Frage als diejenige Vergütung, welche der Schuldner einer Quantität vertretbarer Sachen dem Gläubiger für die von diesem entbehrte Benutzung des Capitals nach Verhältniss der Grösse des letzteren und der Dauer der entzogenen Benutzung zu gewähren hat.

Das Gesetzbuch beschränkt in §. 673 den Begriff nur noch auf Geldschulden, während derselbe in unserer zeitherigen Praxis unter dem Namen des Aufmaasses auch auf solche Forderungen angewendet wurde, welche auf Leistung einer Quantität Getreide und anderer trockner Früchte gehen (Bekanntmachung des O.A.G. vom

2. Octbr. 1839, no. 32); indessen ist jene Restriction nur für die Fälle der Verzugs- und sonstiger gesetzlichen Zinsen von Bedeutung, da, wie die Motive S. 742 ausdrücklich anerkennen, in Folge hierauf gerichteter Privatwillensdisposition auch künftig ein Aufmaass wird vorkommen können. Dies folgt auch daraus, dass das Gesetzbuch beim Darlehen, obschon solches nach §. 1067 nicht bloss Geld, sondern Quantitäten fungibler Sachen aller Art zum Gegenstande haben kann, dennoch in §. 1078 die Gültigkeit einer hinzutretenden Zinsenstipulation völlig unterschiedslos ausspricht. Den möglichen Entstehungsgründen der Zinsverbindlichkeit: Vertrag, letzter Wille, Gesetz, fügt das Gesetzbuch in §. 674 zwar einen scheinbar neuen in der rechtskräftigen Entscheidung hinzu, jedoch bezieht sich solches nur auf die Fälle einer bisher streitig gewesenen Zinsverbindlichkeit, welche nunmehr durch den richterlichen Ausspruch als bestehend anerkannt wird (§. 176 des B.G.B.); insbesondere ist hierbei nicht etwa an die sogenannten usurae rei judicatae zu denken, die vielmehr zu der Kategorie der gesetzlichen Zinsen gehören, und von denen erst im §. 763 des B.G.B. gehandelt wird (zu vergl. unten §. 98.).

B. Zinsbeschränkungen.

Haubold Lehrbuch §§. 269 b. ff.

I. Anlangend den Zinsfuss, so gehörten die auf denselben bezüglichen Bestimmungen bereits nach zeitherigem Rechte nur in gewissem Sinne hierher. Schon frühzeitig gestatteten nämlich unsere Landesgesetze unter Ignorirung des canonischrechtlichen Verbots das Nehmen von Vertragszinsen (Landesordnung [Ausschreiben] vom 12. November 1550, Tit. von den Wucherern); und zwar stellte sich sowohl für sie, als auch für die auf Gesetz beruhenden Zinsen bald ein gemeinsames regelmässiges Maass (Zinsfuss) fest. Für die Vertragszinsen verband

sich hiermit ein doppelter Sinn, einmal der einer lex prohibitiva, d. h. dass höhere Zinsen in der Regel nicht stipulirt werden durften und eine entgegenlaufende Stipulation abgesehen von den sonstigen strafrechtlichen Folgen civilrechtlich unwirksam war, sodann aber auch der einer blossen lex dispositiva, d. h. dass da, wo die Betheiligten zwar im Allgemeinen über die Verzinslichkeit einer gewissen Schuld einig seien, über die Höhe der Verzinsung aber Etwas nicht ausdrücklich festgesetzt hätten, dieses Maass stillschweigend subintelligirt werden solle.

Für die Zinsen der zweiten Gattung (die gesetzlichen) dagegen legte man dem Zinsfusse sehr bald die Bedeutung unter, dass der zinsenberechtigte Gläubiger, ohne dass er die Existenz eines auf so hoch sich belaufenden wirklichen Interesses jedesmal erst zu beweisen brauche, ja selbst wenn er es vielleicht gar nicht beweisen könne, dennoch immer mindestens Zinsen nach diesem Maassstabe zu fordern berechtigt bleibe, anderseits aber soweit er in dem einzelnen Falle ein höheres id quod interest darthun zu können glaube, an dessen Ausführung nicht behindert sei. Dieser von altersher in Sachsen geltende Zinsfuss betrug 5%, also den zwanzigsten Theil des Hauptstammes, sogenannte landesübliche Zinsen. Für die Conventionalzinsen findet sich solches bereits, abgesehen von der oben erwähnten Landesordnung, in dem Rescript vom 9. April und 9. Juni 1572 anerkannt, während das Torgauer Ausschreiben vom 8. Mai 1583, tit. vom Wucher, denselben zugleich allgemein unter Aufhebung der entgegenstehenden Grundsätze der const. 30. pt. II. auch für die Verzugszinsen einführte (Geschärftes Bankeroutiermandat vom 20. December 1766, §. 2.).

Uebrigens war die Zulässigkeit einer Ueberschreitung dieses Zinsfusses schon bisher (abgesehen von den gewissen öffentlichen Anstalten, namentlich städtischen Leih-

und Spar-Cassen ertheilten statutarischen Privilegien) bald bei den vertragsmässigen, bald auch für die gesetzlichen Zinsen in gewissen Fällen allgemein gesetzlich vorgesehen; so

1. nach dem Mandate vom 10. März 1704, welches bei Darlehen, die nur auf kurze Zeit, sowie bei solchen, die dem Landesherrn und der Kriegscasse gemacht worden seien, höhere Zinsen zu nehmen erlaubte; das Gesetz bezog sich aber nur auf Vertragszinsen. Weiter gestattet

2. dasselbe Mandat von 1704 in Verbindung mit dem geschärften Bankeroutiermandate a. a. O. bei Wechselforderungen 6 % Zinsen.

Beide Gesetze handeln insoweit zwar auch nur von den vertragsmässigen Zinsen. Durch die Allgemeine Deutsche Wechselordnung Art. 50 ist jedoch der nämliche Zinsfuss auch für die eigentlichen Wechselzinsen im Regressfalle festgesetzt, eine Bestimmung, die man auch auf den Acceptanten Anwendung leiden lässt, während versprochene Zinsen bei dem eigentlichen Wechsel nach der Wechselordnung überhaupt nicht mehr vorkommen können (Gesetz, einige Erläuterungen der Wechselordnung betreffend, vom 10. März 1864 no. 4).

Daneben behielten aber jene älteren Bestimmungen immer noch ihre practische Bedeutung für die auf Schuldverschreibung mit der sogenannten Wechselclausel beruhenden Forderungen (Specialbefehl vom 11. Nov. 1767.). Ebenso stellte

3. das Handelsgesetzbuch für Forderungen aus Handelsgeschäften gleichfalls in der Regel ein Zinsmaximum von 6 %, und zwar sowohl für die vertragsmässigen, als für die gesetzlichen, einschliesslich der Verzugszinsen, fest, und gestattete sogar beim kaufmännischen Darlehen, sowie überhaupt bei Schulden eines Kaufmannes aus

seinen Handelsgeschäften die Stipulirung von Zinsen in beliebiger Höhe (H.G.B. Artt. 287, 292.).

Endlich zählte

4. unser Strafgesetzbuch von 1855 welches den Begriff des strafbaren Wuchers überhaupt nur noch auf Darlehnsgeschäfte beschränkte, in Art. 347 ausserdem noch eine Reihe von Fällen auf, in welchen dem Darleiher eine vorkommende Zinsüberschreitung wenigstens nicht als strafbarer Wucher angerechnet werden sollte.

Das Gesetzbuch beschränkt nun in §. 677 den regelmässigen Zinsfuss gleichfalls auf 5 %, d. h. in dem Sinne, dass derselbe aushülfsweise dann zur Anwendung kommen solle, wenn nichts anderes im Vertrage, letzten Willen oder Gesetze bestimmt sei. In Betreff des höchsten erlaubten Maasses der Conventionalzinsen dagegen enthält das Gesetzbuch keine Bestimmung, überlässt vielmehr solches a. a. O. besonderer Festsetzung, und diese ist in der Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863 mit gewissen, dem Art. 247 des noch nicht revidirten Strafgesetzbuches nachgebildeten Ausnahmen auf 6 % bez. 8 % erfolgt.

Indessen sind durch das später erlassene Gesetz: die Aufhebung der Zinsbeschränkungen betr., vom 25. Oct. 1864. §. 1. nicht allein die auf den Wucher bezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, sondern überhaupt alle die Ueberschreitung eines bestimmten Zinsfusses betreffenden Vorschriften, also auch die civilrechtlichen, ausser Kraft gesetzt worden.

Demgemäss erklärt die Ausführungsverordnung vom 9. Jan. 1865, §. 2, die §§. 4. 5. der P.V.O. für aufgehoben und es ist somit die Normirung der vertragsmässigen Zinsen nunmehr vollständig der freien Vereinigung der Betheiligten überlassen, nur soll nach §. 2 des Gesetzes vom 25. October 1864 bei einer höheren Ver-

zinsbarkeit der Forderung als nach 6 % die halbjährige Kündigung der Forderung dem Schuldner in der Regel selbst dann freigestellt bleiben, wenn er auf dieses Kündigungsrecht ausdrücklich verzichtet haben sollte. Diese Bestimmung ist in das Norddeutsche Bundesgesetz vom 14. November 1867 (S. 159 ff. des Bundesgesetzblattes f. 1867), welches auch im Uebrigen eine Abänderung unseres bisherigen particularen Rechtszustandes nicht erzeugt hat, übergegangen (§. 2 des erwähnten Gesetzes).

Ausnahmen hiervon treten nur ein bei Schuldforderungen eines Kaufmanns (vgl. oben 3 a. E.) und bei den auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen. Zugleich folgt aber auch hieraus, dass hierdurch die oben erwähnte Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches §. 676 allenthalben nicht berührt wird, der Begriff der landesüblichen Zinsen also insoweit auch noch ferner als practisch zu behandeln ist.

II. Das Römischrechtliche Verbot des Anwachsenlassens von Zinsrückständen über das alterum tantum hinaus ist in dec. 29 von 1661, wenn auch nicht in dem übertriebenen Sinne des Justinianeischen Rechtes (cf. Arndts, §. 209 Anm. 3) wiedergegeben worden. Indessen unterlag schon früher dieses Verbot vielfachen Ausnahmen. Denn abgesehen davon, dass man die piae causae nicht daran für gebunden erachtete, so trat dasselbe auch nach der ausdrücklichen Vorschrift der Decision dann nicht ein, wenn der Gläubiger vor Anwachsung des Zinsrückstandes bis zur Capitalhöhe den Schuldner gerichtlich hatte interpelliren lassen, und nach der in Sachsen herrschenden Meinung bezog man dasselbe überdem nur auf versprochene, nicht auch auf Verzugs- und andere gesetzliche Zinsen (z. B. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. Bd. XIII. S. 282 ff. — Steinacker, Progr. duae quaestiones juris Saxon. 1838.). Das bürgerliche Gesetzbuch ist dem von dem Handelsgesetzbuche Art. 293

gegebenen Beispiele gefolgt, und hat das ganze Verbot in §. 682 in Wegfall gebracht.

III. Dagegen hat das Gesetzbuch zwei andre Fälle der gemeinrechtlichen Zinsbeschränkungen auch fernerhin beibehalten: einmal nämlich verbietet es in §. 683 jede pränumerationsweise Deckung künftig erst auflaufender Zinsen, soweit solche bei Contrahirung der verzinslichen Forderung selbst, sei es durch Kürzung vom Hauptstamme, sei es durch selbständige Zahlung, geschieht, und es gestattet daher die Zinsenpränumeration nur während der Dauer des Schuldverhältnisses; sodann aber hält das Gesetzbuch auch das Verbot des sogenannten Anatocismus im wesentlichen aufrecht, und zwar das Verbot des anatocismus conjunctus (abgesehen von den gleich nachher zu erwähnenden Contocorrentzinsen) in §. 679 unbedingt, das des sog. anatocismus separatus wenigstens mit der Beschränkung, dass nur die einen mindestens zweijährigen Zeitraum umfassenden Zinsrückstände im Wege des Neuerungsvertrages wieder zu einem verzinslichen Capital constituirt werden dürfen (§. 680 des B.G.B.). Dabei ist jedoch in Uebereinstimmung mit Art. 291 des Handelsgesetzbuches in §. 681 des B.G.B. eine Ausnahme zu Gunsten der bei sogenannten kaufmännischen Contocorrentverhältnissen vorkommenden Berechnung von Zinseszinsen gemacht, eine Ausnahme, die schon der zeitherigen Praxis geläufig war (Poeschmann, in den Annalen, A. F. Bd. I, S. 298 ff.).

Diese beiden Gattungen von Zinsbeschränkungen (Anatocismus und Pränumerationszahlung) sind auch neben dem Gesetze vom 25. October 1864 ungeachtet seiner scheinbar ganz allgemeinen Tendenz noch als fortbestehend zu betrachten (zu vergl. die bezüglichen Kammerverhandlungen von 1864 II. K. S. 2811, 4096 ff., I. K. S. 969 ff.). Die Nichtigkeit der einem gesetzlichen Zinsverbote entgegenlaufenden Verabredungen ist von

richterlichen Amtswegen zu beachten (§. 684 des B.G.B.), und selbst einem formell rechtskräftigen Erkenntnisse, welches gegen die vorgedachten Vorschriften z. B. über den Anatocismus verstiesse, würde die Vollstreckbarkeit zu versagen sein. Indessen verjährt die Klage auf Rückforderung des insoweit indebite Gezahlten bereits in drei Jahren.

§. 98. C. Von den Legalzinsen insbesondere.

Abgesehen von den an sich gleichfalls hierher gehörigen, aber doch zweckmässiger erst in der Lehre von der mora zu berührenden Verzugszinsen hatte unser zeitheriges Particularrecht die gemeinrechtlichen Fälle der sogenannten Legalzinsen mehrfach modificirt.

1. An die Stelle der usurae maximae, welche ein Vormund von den widerrechtlich in seinen Nutzen verwendeten Geldern seines Mündels nach Vorschrift des Römischen Rechts zu zahlen hatte (d. h. also nach älterem Römischen Rechte 12 %, nach Justinianeischem Rechte 6 %, zu vergl. Arndts §. 208, Anm. 2 d.) substituirte die Vormundschaftsordnung cap. XV, §. 8 — anscheinend im Hinblicke auf l. 1, §. 20 D. XXVII, 3 — die Strafe des doppelten Capitalersatzes für den Vormund. Das Gesetzbuch reducirt jedoch in §. 1937 solches wieder auf die 6 % des Justinianeischen Rechtes.

2. Der Bestimmung des Römischen Rechtes zuwider, welches den rückständigen Kaufpreis im Zweifel sofort vom Tage der Uebergabe des Kaufobjectes an (l. 13, §. 20 D. XIX, 1.) verzinsen lässt, billigte die 15. Decision von 1746 den Kaufleuten von Kaufgelderrückständen für verkaufte Kram- und andere Waaren in der Regel Zinsen erst vom Ablaufe des sechsten Monats nach Ablieferung der Waare zu. Bis dahin sollte also stillschweigende Gestundung des Kaufpreises angenommen werden, weshalb auch die Decision nicht eintrat, sobald

ein früherer oder späterer dies solutionis ausdrücklich vereinbart oder vor Ablauf der sechs Monate Klage erhoben worden war. Dann sollte vielmehr die Verzinsung von dem vereinbarten Zahlungstage beziehentlich von dem Tage der Klagbehändigung ab laufen (vorausgesetzt natürlich im letzteren Falle, dass in der Klage Zinsen überhaupt petirt waren). Schon durch das Handelsgesetzbuch wurde diese Bestimmung für die Fälle wesentlich alterirt, wenn der Käufer selbst wieder dem Kaufmannsstande angehört, indem dann die Bestimmung des Art. 289 Platz griff, wonach Kaufleute unter sich von allen aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührenden Forderungen schon vom Tage des Verfalles (also nicht erst vom Eintritte der mora) an 6procentige Zinsen berechnen dürfen. Für die sonstigen Fälle dagegen bestand die Abänderung des Handelsgesetzbuches nach Art. 288 (abgesehen von der auch hier eintretenden Erhöhung der Zinsen auf 6 %, vergl. oben §. 97, B, 3) nur darin, dass der Verkäufer seinen Kunden gegenüber auch schon durch einfache aussergerichtliche Mahnung einen früheren Verzinsungstermin herbeizuführen vermag, so dass, wenn eine solche Interpellation erst nach Ablauf der sechsmonatigen Frist erfolgt war, unsere 15. Decision auch für Kaufleute in diesem Falle noch von Nutzen sein konnte.

Das Gesetzbuch dagegen hebt die 15. Decision in §. 1095 ganz auf und stellt die Römischrechtlichen Grundsätze im Wesentlichen wieder her, weshalb unser nunmehriges Landesrecht der Bestimmung des Handelsgesetzbuches in Art. 288 gegenüber in noch höherem Grade als bisher als das günstigere und darum in Gemässheit der Schlussworte des ersten Absatzes des Artikels nach Befinden v o r diesem zur Anwendung zu bringende Recht erscheint.

3. In dem Gesetzbuche kommen ausserdem noch eine grosse Zahl von einzelnen Fällen sogenannter Legal-

zinsen vor, z. B. die Fälle, wo der Depositar, der Mandatar, der Geschäftsführer, der socius u. s. w. die in ihren Händen befindlichen fremden Gelder, resp. vertragswidrig, in ihren Nutzen verwendet haben (§§. 1270, 1311, 1348, 1373 u. s. f.).

4. Zu den Legalzinsen sind auch die sogenannten Judicatszinsen zu rechnen, d. h. diejenigen, welche von einer in re judicata beruhenden Geldschuld zu entrichten sind. Von den gewöhnlichen Verzugszinsen unterscheiden sich dieselben schon dadurch, dass weder das Klagpetitum, noch das nachmalige richterliche Erkenntniss ausdrücklich auf sie gerichtet zu sein braucht, um gefordert werden zu können. Auch zeichnen sie sich dadurch noch besonders aus, dass sie im Concurse selbst bei rein chirographarischen Forderungen mit dem Capitale gleiche Priorität geniessen. Im Gegensatze zum Römischen Rechte, wo dieselben erst nach Verfluss des sogenannten tempus judicati (ein viermonatiger Zeitraum, binnen welchem Execution nicht gesucht werden konnte) zu laufen begannen, nehmen sie bei uns sofort mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses ihren Anfang (vergl. Gottschalck, discept. forens. Bd. II., cap. IX., wo die herrschende Ansicht gegen die von Haubold §. 270, cc. not. n und o erwähnte Bauersche Meinung vertheidigt wird). Die Höhe derselben betrug übrigens bei uns, und beträgt auch künftig gleichfalls nur 5 % (§. 763 des B.G.B.).

5. Die 12. Decision von 1746 legte auch noch dem mit einem Legat Beschwerten die Verpflichtung auf, vom 30. Tage nach dem Tode des Erblassers ohne Rücksicht auf die Zeit des Erbschaftsantrittes oder einer etwa vorhandenen mora dem Legatar 5procentige Zinsen von der legirten Summe zu gewähren. Das Gesetzbuch hat dies jedoch in §§. 2437 ff. stillschweigend beseitigt, so

dass insoweit nun ganz die allgemeinen Grundsätze bei uns zur Anwendung kommen. (Das Nähere vgl. im Erbschaftsrechte.)

§. 99. III. Sachwerth und Schadenersatz.

Das gegenseitige Verhältniss der mehrfach in einander greifenden §§. 685 bis 687 des B.G.B. bestimmt sich dergestalt, dass

a. der §. 687 nur auf die Fälle des eigentlichen Schadenersatzes, also auf diejenigen sich bezieht, wo es sich um Ausgleichung eines durch das rechtswidrige Verhalten eines Andern mir erwachsenen Vermögensnachtheiles handelt, während der in §. 685 behandelte Sachwerth ebenso wie der in §. 686 besprochene Schätzungswerth einer mir aus andern Gründen bereits geschuldeten Leistung auch abgesehen von dem Falle einer fremden vertretbaren Verschuldung Gegenstand der Forderung sein oder werden kann.

Der Schadenersatz, obwohl er unter Umständen und sogar in der Regel die Erstattung des Werthes einer Sache oder einer sonstigen Leistung mit umfassen wird, erscheint doch hiernach seinen factischen Voraussetzungen nach als der vergleichsweise engere Begriff. Umgekehrt

b. reicht die Tragweite des §. 687 in gewisser Beziehung wieder weiter als die der §§. 685, 686, denn während der auf den ordentlichen Sachwerth bezügliche Theil des §. 685 nur den Fall trifft, wo eine Forderung gleich bei ihrer Entstehung auf Ersatz des Werthes gehet, der §. 686 aber nur die Fälle des sogenannten nachfolgenden Interesses behandelt, werden in §. 687 beide Fälle gleichmässig mit berücksichtigt, sowohl der, wenn die Forderung sofort ursprünglich auf Schadenersatz gerichtet erscheint, als auch der, wenn sich eine anfänglich auf ein

anderes Object gehende Forderung nachträglich erst in eine solche auf Schadenersatz verwandelt.

c. Unter Sachwerth oder Sachenwerth hat man an sich nach §. 78 des B.G.B. nur den gemeinen Verkehrswerth einer Sache zu verstehen, sogenannten ordentlichen Werth; indessen kann der Werth einer Sache für den Berechtigten sich unter Umständen wegen der besonderen Beziehungen derselben auf seine Person oder sonstige concurrirende Verhältnisse erhöhen, welchenfalls zugleich dieses besondere Interesse nach Befinden mit in Anschlag zu bringen ist (ausserordentlicher Werth). Dies gilt in den im §. 686 des B.G.B. gedachten Fällen des nachfolgenden Interesses sogar als Regel, und zwar soll hier im Zweifel der Werth der Sache zur Zeit und an dem Orte, wo dieselbe zu leisten gewesen wäre, entscheidend sein.

d. Ueber den Begriff des Schadenersatzes und dessen Umfang sind die §§. 124, 125 des B.G.B. zu vergleichen, und es folgt zugleich aus §. 687 des B.G.B., dass die in l. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest etc. VII, 47 aufgestellte Beschränkung auf die sogenannte dupli quantitas als beseitigt zu gelten hat, wie solches schon unsere zeitherige Praxis auf Grund der 29. Decision von 1661 annahm, (Gottschalck, analecta S. 249 ff., Zeitschr. für Rechtspfl. Bd. XIII., S. 231 ff.). Der Satz des §. 687 übrigens, dass die Verpflichtung zum Schadenersatze nicht ausschliesslich und zunächst auf Geld, sondern soweit thunlich, in erster Linie auf Wiederherstellung des gestörten Zustandes in Natur gehe, ist nach der richtigen Ansicht schon gemeinrechtlich (Windscheid Pandecten §. 258, Anm. 5, Bd. II, S. 30), soweit es dagegen sich um eine Schädenvergütung in Gelde handelt, hat, sobald die Ersatzpflicht selbst in Gewissheit beruhet und nur noch der Betrag des erwachsenen Schadens streitig erscheint, nach der neuerlichen Vorschrift der Verordnung

vom 13. März 1867 V. jetzt freies richterliches Ermessen zu entscheiden, vorbehältlich des etwa dem Verletzten zustehenden Rechtes, zum Würderungseide gelassen zu werden.

2. Abschnittt. Erfüllung der Forderungen.

§. 100.

Während die unter der gleichen Rubrik in §§. 976 ff. des B.G.B. aufgestellten Vorschriften lediglich die Wirkung der solutio in ihrer Eigenschaft als Erlöschungsgrund der Forderung betreffen, bezweckt der hier fragliche Abschnitt (§§. 689 ff.) ebenso wie der in besonderer Beziehung auf Vertragserfüllung (§§. 858 ff.) eine Zusammenfassung der Grundsätze, nach welchen sich die Modalität der schuldigen Leistung im einzelnen Falle zu bestimmen habe, und zwar kann solches in Frage kommen in der Richtung:

a. auf Inhalt und Umfang der Leistung,
b. auf den Ort derselben,
c. auf die Zeit der Leistung.

Ad a. hält das Gesetzbuch für den Fall einer ihrem Leistungsgegenstande nach schon ausreichend bestimmten Verpflichtung natürlich an der Regel fest, dass der Schuldner sich auch nur durch Leistung gerade Jenes liberiren, der Gläubiger seinerseits ein Anderes nicht fordern könne (§. 694 des B.G.B.). Dagegen macht sich bei den Obligationen mit unbestimmtem Leistungsobjecte, und zwar sowohl bei den generischen als bei den alternativen Obligationen eine doppelte Abweichung von unserem zeitherigen Rechte bemerkbar. Bei der ersteren Classe von Forderungen nämlich erscheint das Bestimmungsrecht des Schuldners im Vergleiche zum gemeinen Rechte einigermassen dadurch beschränkt, dass er im Zweifel immer

mindestens Sachen mittlerer Qualität zu gewähren hat (§. 696 des B.G.B. a. E. verb. mit Art. 335 des A. D. H.G.B.) und bei den Alternativobligationen, wo bei uns zeither noch der Satz galt, dass durch den Verzug des Wahlberechtigten das Recht der Wahl diesem verloren und auf den andern Theil übergehe (zu vergl. z. B. Rechtssatz des O.A.G. vom 2. Oct. 1839, no. 31), kehrt das Gesetzbuch insofern wieder zu der richtigen gemeinrechtlichen Ansicht zurück, wonach dem wahlberechtigten Schuldner noch bis zur Execution die Wahl offen zu erhalten ist.

Ad b. Der Lehre vom Erfüllungsorte (§§. 702 ff. des B.G.B.) liegt, soweit ein solcher nicht ausdrücklich festgesetzt ist, der leitende Gedanke zu Grunde, dass derselbe immer zunächst nach der aus der Natur des Rechtsgeschäftes oder der Beschaffenheit der Leistung erkennbaren muthmasslichen Absicht der Parteien zu bestimmen sei (§. 702). Daher hat auch die Specialvorschrift in §§. 705—707 nur den Zweck, dem erkennenden Richter theils als Richtschnur für die Anwendung dieses Principes, theils als Aushülfe da zu dienen, wo dasselbe kein durchschlagendes Resultat liefert.

So folgt gleichmässig aus §§. 702 und 706, dass eine erkaufte bewegliche Sache von dem Käufer bei dem Verkäufer oder an dem Orte, wo sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses unter Vorwissen beider Theile befindet, gegen Berichtigung des Kaufpreises abzuholen, ebenso eine deponirte Sache von dem Deponenten bei dem Depositar wieder in Empfang zu nehmen, eine geliehene Sache dagegen dem Leihenden von dem Entleiher zurückzuliefern ist, u. s. w. Auch die für die Wechselzahlung häufig hervorgehobene Eigenthümlichkeit, dass der Gläubiger sich die Zahlung bei dem Schuldner zu holen habe, ergiebt sich als Consequenz des obigen allgemeinen Principes, insofern hier wie auch bei den Ordre- und Inhaberpapieren die Zahlung nur an den Repräsentanten des Pa-

piers geleistet zu werden braucht, und somit die Vorlegung des Papieres der Zahlung vorauszugehen hat.

Anders verhält es sich dagegen mit den Vorschriften in §§. 708, 709 des B.G.B., da in dem Falle des §. 708 der Natur der Sache nach von einer mens contrahentium nicht die Rede sein kann, die Bestimmung in §. 709 aber schon ihrer Wortfassung nach einen absoluten Charakter an sich trägt. Selbstverständlich bleibt übrigens hierdurch die Vorschrift des Handelsgesetzbuches Art. 325 unberührt. Ein speciell für den Auszug geltender Grundsatz, wonach der Verpflichtete (der sog. Auszugsträger) die Auszugsleistung nicht über die Schwelle zu gewähren gehalten sei, d. h. der Auszugsberechtigte, falls er sich nicht im auszugspflichtigen Gute selbst aufhält, zur Empfangnahme der Auszugsgebührnisse im Gute sich zu melden habe (Bekanntmachung des O.A.G. v. 2. Oct 1839 no. 28), ist im Gesetzbuche §. 1168 im Wesentlichen wiederholt.

Ad c. Ueber die Zeit der Erfüllung enthält schon unser zeitheriges Particularrecht zunächst

1. im Anhange der Erläuterten Processordnung §. 6 eine Vorschrift für eine Reihe von Fällen, wo die Zeit der Zahlung nur in gewissen allgemeinen Ausdrücken festgesetzt ist, und zwar wird dort unterschieden zwischen Ausdrücken wie „ehestens" und „so bald als möglich" auf der einen, und Wendungen wie „nach und nach" oder „nach guter Gelegenheit" auf der andern Seite. In Fällen der ersteren Art sollte die Zahlbarkeit erst mit Ablauf eines gemeinen Jahres von Begründung der Forderung an gerechnet eintreten, in Fällen der zweiten Art dagegen sollte der Richter dem Schuldner billige Zahlungsfristen zu stellen haben.

Obwohl diese Bestimmung sich zunächst nur auf den Executivprocess bezog, und somit voraussetzte, dass jene Ausdrücke in der der Executivklage zu Grunde gelegten Urkunde vorkämen, so wendete doch die Praxis die-

selben allgemein auch auf Fälle bloss mündlicher Vereinbarung dieser Art an. Das Gesetzbuch §. 712 behält Letzteres im Principe bei, will aber mit sämmtlichen obgedachten Ausdrücken unterschiedslos nur die Folge verknüpft wissen, dass richterliche Festsetzung einzutreten habe, dergestalt jedoch, dass bei Geldschulden in einem der ersten Kategorie angehörigen Falle dem Schuldner von dem Richter mindestens eine halbjährige Frist zu gönnen sei.

2. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn die Bestimmung der Zahlungszeit ganz in das Belieben des Schuldners gestellt geblieben ist. Für ihn gab das Generale vom 14. December 1801, die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldforderungen betr., §. 9 insofern einen Anhalt, als darnach bei einer ausschliesslich in die Willkühr des Schuldners gestellten Kündbarkeit der Forderung die Verjährung der letzteren, falls der Schuldner von seinem Kündigungsrechte bei Lebzeiten keinen Gebrauch gemacht habe, erst vom dreissigsten Tage nach dessen Tode zu laufen beginnen sollte. Man folgerte hieraus mit Recht, dass der Gesetzgeber die Klagbarkeit einer solchen Forderung während des Lebens des Schuldners im Zweifel für völlig ausgeschlossen habe erachtet wissen wollen. Das Gesetzbuch im §. 715 schliesst sich dem an, jedoch mit einer nothwendigen Modification für die Fälle, wo die fragliche Forderung auf eine von dem Schuldner persönlich vorzunehmende Leistung oder Thätigkeit gehet. Hier soll, wie in den Fällen ad 1, richterliche Festsetzung aushelfen.

3. Abgesehen hiervon, und wenn über eine Erfüllungszeit überhaupt Etwas nicht festgesetzt worden ist, auch aus der Beschaffenheit der Leistung Etwas nicht zu entnehmen sein sollte, bleibt es nach §. 711 des B.G.B. bei der gemeinrechtlichen Regel: „quod sine die debetur, statim debetur“, ein Grundsatz, dessen Anwendbarkeit auf

das Darlehn zwar von mehreren Sächsischen Gerichtshöfen und Rechtslehrern z. B. Biener System §. 243 und Curtius Handbuch §. 1632 no. 4, Anm. e., wenn auch mit Unrecht zeither bezweifelt wurde, welcher sich aber von dem Gesetzbuche gerade auch nach dieser Richtung hin in §. 1077 ausdrücklich festgehalten findet, vorbehältlich natürlich des bei obiger Regel ohnehin immer zu subintelligirenden modicum tempus.

4. Obwohl im Zweifel ein dies als zu Gunsten des Schuldners (§. 717 des B.G.B. a. E.) hinzugefügt zu denken ist, und demselben daher auch eine Anticipation der Erfüllung freistehen muss, so ist dieses Recht doch bei verzinslichen Forderungen nach §. 718 des B.G.B. noch an eine besondere Voraussetzung geknüpft.

Der Schuldner hat nämlich in diesem Falle dem Gläubiger ausser dem Capitale zugleich die bis zum eigentlichen Verfalltage zu berechnenden Zinsen zu gewähren, widrigenfalls der Gläubiger die offerirte Zahlung als eine unvollständige nicht anzunehmen braucht. Noch weniger aber braucht sich der Gläubiger bei verfrühter Tilgung einer unverzinslichen oder niedriger als zu 5% verzinsten Schuld den Abzug des sogenannten interusurii gefallen zu lassen. Willigte er jedoch in dessen Abzug, so ist dasselbe nach §. 720 des B.G.B. nach der sogenannten Hoffmannschen Methode zu berechnen, die zwischen der offenbar unrichtigen Carpzov'schen und der zu genauen Leibnitz'schen in der Mitte stehet. *)

Ueber die arithmetische Behandlung derselben zu vgl. Girardet in der Zeitschrift für Rechtspflege Bd. XXVI, S. 193 ff. — Eine gesetzliche Sanctionirung der letztern Berechnungsweise für Sachsen, wie solche unter Anderm auch von Arndts, wenigstens in den älteren Auflagen

*) Alle drei Methoden haben ihren Ursprung speciell in Leipzig.

seines Lehrbuches behauptet wird, hat zu keiner Zeit stattgefunden, indem das einschlagende Rescript vom 25. October 1724, „dass bei Berechnung des Interusuriums der Leibnitzische Calcul anzuwenden sei“ (Cod. Aug. 2. Fortsetzung, Bd. I, S. 319) nur zu der Classe der sogenannten Decisivrescripte gehört (also ein blosses Präjudiz ohne Gesetzeskraft ist; vergl. oben S. 42). Nicht einmal ein constanter Gerichtsbrauch hat sich zu Gunsten jener Methode gebildet, wie daraus hervorgehet, dass die Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 2. October 1839, no. 39, bei Berechnung des Lehngeldes von einem auszugspflichtigen Grundstücke ausdrücklich die Hoffmannsche Methode zu Grunde gelegt wissen will.

Uebrigens wendet das Gesetzbuch die letztere z. B. auch noch in dem Falle, wenn es sich bei einer Ueberschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen um eine verhältnissmässige Reduction der einzelnen Vermächtnisse handelt, auf die Berechnung des commodum repräsentationis bei betagten Geldvermächtnissen an (§. 2446 des B.G.B.). Ebenso wird dieselbe im Falle des §. 2591 zur Anwendung kommen müssen; desgl. z. B. bei Vertheilung des Licitalgeldererlöses nach der Zwangsversteigerung, falls erst zukünftige, resp. eventuelle Forderungen concurriren.

§. 101. Einfluss des Verzuges auf die Forderung.

Soviel

I. die **mora solvendi** betrifft, so setzt diese

A. ausser der Fälligkeit der Leistung

1. in der Regel eine ordnungsmässige, d. h. von dem hierzu Legitimirten ausgehende, und an den Verpflichteten oder dessen Vertreter gerichtete **Mahnung** voraus (§§. 733 und 734 des B.G.B.). Eventuell genügt nach §. 735 des B.G.B. auch schon eine **Erklärung**

bei Gericht dann, wenn es aus Gründen, die in der Person des Verpflichteten liegen, unmöglich ist, ihm die Mahnung zugehen zu lassen.

2. Auch ohne eine solche Mahnung liess man jedoch schon nach unserer zeitherigen Praxis die Folgen der mora gegen den Schuldner mit Ablauf der stipulirten Zahlungszeit von selbst dann eintreten, wenn der dies ein certus, d. h. hier ein für den Schuldner schon kalendermässig zu berechnender war (dies interpellat pro homine). Das Gesetzbuch §. 736 bestätigt diesen Grundsatz. Endlich behält dasselbe auch

3. das gemeinrechtliche Princip bei, dass der durch ein Delict in den Besitz einer Sache Gekommene von dem Augenblicke seiner Innehabung an als im Verzuge befindlich zu behandeln sei (§. 739 des B.G.B.).

4. Von der zeither in Sachsen herrschenden Ansicht weicht dagegen das Gesetzbuch insofern ab, als man bisher in den Fällen unter 1 und 2 auf die dem säumigen Schuldner betreffs der Nichtleistung etwa zur Seite stehenden Excusationsgründe nicht weiter Rücksicht zu nehmen pflegte. Insbesondere liess man bei erfolgter Klaganstellung wegen einer Geldschuld, vorausgesetzt nur, dass die Klage keine intempestive war, den Zeitpunkt der Behändigung der darauf erlassenen Ladung unterschiedslos als Anfangstermin für die dem später sachfällig werdenden Beklagten aufzuerlegenden Verzugszinsen gelten. Deshalb hatte man auch bisher bei uns keine Veranlassung, zwischen den Verzugs- und den sogenannten Processzinsen zu unterscheiden.

Das Gesetzbuch dagegen adoptirt in §. 738 das Princip der sogenannten verschuldeten mora, und lässt danach, wie auch das gemeine Recht dem Schuldner die Möglichkeit offen, die Folgen des Verzuges durch den Beweis von Umständen abzuwenden, welche seine zeitherige Nichterfüllung als rein entschuldbare darzustellen

geeignet sind. Gleichwohl erkennt das Gesetzbuch andererseits das Institut der Processzinsen nicht an, und so kann künftig allerdings der Fall eintreten, dass der Gläubiger ungeachtet des für ihn günstigen Ausganges des Rechtsstreites in der Hauptsache, dennoch für die Dauer des Processes keine Zinsen von der streitigen Forderung empfängt.

Anlangend

B. die Folgen der mora solvendi, so bestehen dieselben

1. in der Verpflichtung des Schuldners zur Gewährung des sogenannten Zeitinteresses (§. 740 des B.G.B.).

Der Gläubiger ist bei Geldschulden der Verpflichtung zu einer besonderen Specificirung dieses Interesses jedoch überhoben, sobald er sich auf die Forderung von Verzugszinsen in der in §. 677 des B.G.B. gedachten Höhe beschränkt (5 %). Die früher von Haubold, Lehrbuch §. 269 b, 4 (1. Ausg.) vertheidigte irrige Meinung, dass soweit vor Eintritt der mora niedrigere vertragsmässige Zinsen laufen, auch die Verzugszinsen nicht in einem höheren Betrage zuzuerkennen seien, ist bereits durch Gesetz: „Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen vom 26. October 1834, no. IV.“ reprobirt worden, während in dem umgekehrten Falle das Fortlaufen der Zinsen nach dem bedungenen höheren Zinsfusse aus der perpetuirenden Wirkung der mora von selbst folgt. Dagegen ist bei Schenkungsversprechen der Promissar nur auf die Specificirung seines etwaigen Interesses gewiesen und bei öffentlichen Abgaben und Strafgeldern werden sogar weder Verzugszinsen noch ein sonstiges Verzugsinteresse gewährt. Geht dagegen die Forderung auf Herausgabe einer fruchttragenden Sache, gleichviel ob dieselbe mittelst dinglicher oder persönlicher Klage verfolgbar ist, so treten betreffs der Ermittelung der von dem Schuldner

vom Beginne der mora an zu ersetzenden Früchte die oben bei der Lehre von der Eigenthumsklage (§. 65, IV. S 246) gedachten Grundsätze ein (§. 743 des B.G.B.).

2. Bei vertragsmässigen Leistungen gewährt die mora des einen Theils in der Regel, und mit Ausnahme der besonders gestalteten Fälle in §. 865 des B.G.B. (den Fällen nämlich einer sogenannten stillschweigend festgesetzten lex commissoria), dem andern Theile kein Rücktrittsrecht vom Vertrage. Vielmehr ist er der Regel nach hier nur auf nachträgliche Forderung der Vertragsleistung selbst, soweit dieselbe nicht etwa unmöglich geworden, zuzüglich seines etwaigen id quod interest sammt Verzugszinsen beschränkt. (Anders das Handelsgesetzbuch beim Kaufe, nach Artt. 354 ff., wo dem Gläubiger ein dreifaches Wahlrecht und darunter auch das Rücktrittsrecht verstattet ist. Ueber das Verhältniss dieser Bestimmungen zu dem Rechte des Gesetzbuches cf. Siegmann, Annalen A. F. Bd. VIII, S. 433 ff. und 528 ff.). Dagegen ertheilt der §. 741 des B.G.B. bei allen auf vertretbare Sachen gerichteten Forderungen (und zwar nicht bloss bei den vertragsmässigen) dem Gläubiger im Falle der mora des Schuldners das Recht, an der Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstands den Werth, welchen derselbe zur Zeit und am Orte der zu bewirken gewesenen Leistung für ihn gehabt hätte, sammt Verzugszinsen (cf. §. 744) zu fordern, ohne dass er noch ferner mit dem Nachweise, dass ihm die ursprüngliche Leistung nunmehr unbrauchbar sei, zu beschweren wäre, und dann auch ohne die nach dem Handelsgesetzbuche a. a. O. beim Kauf festgesetzte Beschränkung für Ausübung des obigen Wahlrechtes.

3. Vom Eintritte des Verzuges an ist der Schuldner, selbst in denjenigen Forderungsverhältnissen, welche an sich nur für Arglist und grobe Verschuldung ihn haftbar erscheinen liessen, für jeden Grad der Verschuldung und selbst

für Zufall verantwortlich, dafern letzterer nicht so beschaffen war, dass er erweislich selbst bei rechtzeitiger Erfüllung die Sache auch beim Gläubiger betroffen hätte (§. 745 des B.G.B.). Die von unserer Praxis bisher verschieden beantwortete Frage, ob der morose Schuldner bei eingetretener Werthsveränderung der Sache den während der ganzen Dauer des Verzugs zu irgend einem Zeitpuncte bestandenen höchsten Werth zu vertreten habe, Zeitschrift N. F. Bd. III, S. 386 ff., Bd. XIX. S. 358 ff. ist in §. 744 des B.G.B. verneinend entschieden, und zwar — wie man nach der dortigen Wortfassung annehmen muss — unterschiedslos, so dass jene Verhaftung für den höchsten Werth selbst nicht mehr gegen denjenigen einzutreten haben würde, welcher durch ein Delict in den Besitz der Sache gelangt ist (cf. ob. A. 3).

§. 102. II. Mora accipiendi.

A. Anlangend die Voraussetzungen derselben, so entspricht der oben bei der mora solvendi in der Regel erforderlichen Mahnung hier das ebenso regelmässig nothwendige Angebot der Leistung durch den Schuldner. Dieses Angebot braucht jedoch nicht immer eine Realoblation im eigentlichen Sinne zu sein. Nach §. 748 des B.G.B. Abs. 2. ist vielmehr eine solche nur dann und insoweit nöthig, wenn und inwieweit je nach dem Inhalte der in Frage stehenden Verbindlichkeit ein Ueberbringen oder Uebersenden des Leistungsgegenstandes in die Wohnung des Gläubigers oder an einen dritten Ort, resp. ein persönliches Gestellen daselbst dem Schuldner obliegt (zu vergl. oben §. 100 ad b.). In andren Fällen genügt wörtliches Angebot der thatsächlich in Bereitschaft gehaltenen Leistung (§. 748 des B.G.B., Abs. 1.), ja selbst schon diese thatsächliche Bereitschaft allein ist ausreichend, wenn es der Gläubiger

war, der am bestimmten Erfüllungsorte zur Verfallzeit sich nicht einfand, oder die nach Lage der Sache von ihm zu treffenden für die Erfüllung nothwendigen Vorbereitungshandlungen Aufforderns ungeachtet nicht rechtzeitig traf (§. 749 des B.G.B.), und nicht einmal mit dem Nachweise dieser Bereitschaft ist der Schuldner ferner noch zu beschweren, sobald der Gläubiger sich der dereinstigen Annahme der Leistungen im Voraus ausdrücklich geweigert, oder die seinerseits zu bewirkende Klarmachung der Forderung Erinnerns ungeachtet verzögert haben sollte. Hiernach entscheidet sich auch die zeither von unserer Praxis meist bejahte Frage: ob nicht wenigstens bei gegenseitigen (zweiseitigen) Verträgen, um den einen Theil in Verzug zu setzen, es der Realoblation der Leistung seiten des Andern bedürfe, insofern als z. B. der zur Abholung des Kaufgegenstandes verpflichtete Käufer allerdings den Verkäufer nur durch thatsächliches Angebot, resp. Bereithalten des Kaufgeldes am Orte der Erfüllung in Verzug zu setzen vermag, während der Verkäufer, wenn er nicht ausnahmsweise (wie z. B. bei den sogenannten Lieferungskäufen) zur Ueberbringung oder Uebersendung der Waare verpflichtet ist, in der Regel schon durch wörtliches Angebot der bereitgehaltenen Leistung sich die Vortheile des Verzuges auf Seiten seines Mitcontrahenten zu sichern im Stande ist (§. 747 des B.G.B., Abs. 3.). Uebrigens gilt auch für den Verzug des Gläubigers das Princip der sogenannten verschuldeten mora (§. 746 a. E. verb. m. §. 749 des B.G.B.).

B. Unter den Folgen der mora accipiendi sind in §§. 750 ff. des B.G.B. zwar meist die gemeinrechtlichen Sätze wiederholt, also namentlich Uebergang des Tragens der Gefahr auf den Gläubiger, Beschränkung einer ursprünglich nach dem concreten Schuldverhältnisse etwa weiter gehenden Haftung des Schuldners auf blosse Prästation von dolus und culpa lata; abweichend jedoch ist

1. die Bestimmung, dass mit Eintritt der mora jeder Zinsenlauf, also selbst der vertragsmässige, zu Gunsten des Schuldners ipso jure sistirt wird, und

2. dass nach §. 751 des B.G.B. bei den auf vertretbare Sachen gerichteten Forderungen der Schuldner (ähnlich wie der Gläubiger dem morosen Schuldner gegenüber dem oben §. 101 B. 2 Bemerkten zu Folge) die Wahl erhält, zwischen Naturalerfüllung oder Zahlung des Werthes, den die Sache zur Zeit und am Orte der ordnungsmässigen Erfüllung gehabt hätte, auch wenn er sich für erstere entscheidet, den etwaigen Mehrwerth, den die Sache am Orte und zur Zeit der wirklichen Erfüllung gehabt hat, ersetzt verlangen kann.

C. Die mit dem Verzuge des Gläubigers in unmittelbarem Zusammenhange stehende Lehre von der gerichtlichen Niederlegung ist dagegen von dem Gesetzbuche wesentlich umgestaltet worden. Was nämlich

1. unser zeitheriges Recht anlangt, so erwähnte dasselbe die gerichtliche Niederlegung nur bei Geldforderungen; hier war sie aber unter Umständen insofern sogar eine nothwendige, als der Schuldner sich nur auf diesem Wege gewisse, aus der mora des Gläubigers abzuleitende Vortheile wirksam zu sichern, namentlich sich nur hierdurch von der Verpflichtung zu fernerer Verzinsung des Capitals, sowie von der Gefahr des Unterganges oder der Entwerthung der zu zahlenden Geldsumme zu befreien vermochte, und zwar genügte nach dem hier einschlagenden Münzmandate vom 31. Juli 1623 hierzu nicht einmal die einfache Hinterlegung der von dem Gläubiger zurückgewiesenen Geldsumme bei Gericht, sondern es musste der Gläubiger, der sich der Annahme des fraglichen Schuldbetrages ohne Grund weigerte, von dem Richter ad videndum deponi mit der Aufforderung zur Geltendmachung seiner etwaigen Einwendungen schriftlich und unter der Verwarnung vorgeladen werden, dass seines

Ausbleibens ungeachtet mit der Deposition werde verfahren werden.

Competent war übrigens sowohl der Richter des Gläubigers als der des Schuldners. Von dieser sogenannten depositio ordinaria unterschied man eine extraordinaria dann, wenn die Vorladung des Gläubigers nach Lage der Sache wegen Unbekanntschaft seiner Person, seines Aufenthaltsortes u. s. f. nicht erfolgen konnte.

2. Das Gesetzbuch dagegen gestattet nach §§. 756 ff. bei Forderungen aller Art, soweit sie überhaupt auf einen zur Hinterlegung geeigneten Gegenstand gerichtet sind, gerichtliche Deposition, und zwar hat dieselbe den doppelten Zweck, theils dem Schuldner, der dem Obigen nach auch nach Eintritt der mora auf Seiten des Gläubigers, wenn auch in geringerem Umfange forthaftet, vollständige Befreiung ohne Mitwirkung des Gläubigers zu ermöglichen, theils für die Fälle zur Aushülfe zu dienen, wo wegen eines sonst in der Person des Gläubigers liegenden Grundes (z. B. Abwesenheit, Verfügungsunfähigkeit, vorausgegangenes gerichtliches Zahlungsverbot u. s. f.) für den Schuldner die Füglichkeit wegfällt, überhaupt oder doch mit der Gewähr liberatorischer Wirkung erfüllen zu können. In den Fällen der letzteren Art tritt mit der Annahme der Leistung in gerichtliche Verwahrung sofortige Befreiung des Schuldners ein (§ 759 des B.G.B.), in Fällen der ersteren Art dagegen erst dann, wenn der säumige Gläubiger von der erfolgten Deposition durch das Gericht Kenntniss erhalten hat, weshalb denn auch hier nach §. 758 des B.G.B. die einseitige Zurückziehung des Depositum aus der Gerichtshand bis zum Erfolge der Notification an den Gläubiger in das Ermessen des Deponenten gestellt bleibt (§. 756 verb. m. 758 des B.G.B.). Die alsbaldige Benachrichtigung des Gläubigers in diesem letzteren Falle ist übrigens in §. 12 der E. u. A. V. O. vom 9. Jan. 1865 dem Gerichte noch besonders zur Pflicht gemacht.

Als competent zur Annahme des Depositum wird in §. 756 des B.G.B. der Richter des Erfüllungsortes bezeichnet.

D. Das in den Rechtsquellen dem Schuldner unter gewissen Voraussetzungen eingeräumte Recht zur Preisgebung des geschuldeten Gegenstandes (l. 1. §§. 3. 4 D. de periculo et commodo rei venditae XVIII, 6, verb. m. l. 8, D. de tritico, vino ac legato XXXIII, 6.) ist in §. 757 des B.G.B. noch mehr, als schon nach der gemeinrechtlichen Praxis geschicht, nämlich durch die Voraussetzung beschränkt, theils dass der Gegenstand zur gerichtlichen Niederlegung ungeeignet sein muss, theils dass der Gläubiger eine an ihn auf Antrag des Schuldners gerichtete gerichtliche Aufforderung zur Uebernahme der Sache unbeachtet gelassen haben muss, und selbst dann soll der Schuldner, wenn der Gegenstand ein beweglicher ist, zunächst den Weg der öffentlichen Versteigerung unter der Form des Pfandverkaufs (§. 480 des B.G.B.) für Rechnung des Gläubigers versuchen, und erst bei dessen Unthunlichkeit zur Preisgebung der Sache verschreiten dürfen.

Ueber die Stellung unserer zeitherigen Praxis zu den letzterwähnten Fragen vgl. Kori in dem von ihm allein herausgegebenen Bande III der Erörter. S. 218 ff. — Siebenhaar, Ztschr. f. Rechtspfl. Bd. XXVIII, S. 481 ff. Bd. XXIX, S. 1 ff.

§. 103. Sonstiger Einfluss der Verschuldung auf bestehende Obligationsverhältnisse.

I. Rücksichtlich der Vertretung der verschiedenen Grade der Fahrlässigkeit (vergl. oben §. 34, I.) in bestehenden Obligationsverhältnissen finden sich in §§. 728 ff. des B.G.B. die gemeinrechtlichen Grundsätze wiederholt. Bemerkt mag nur noch werden:

a. dass das Gesetzbuch die sogenannte culpa in concreto nur als mögliche Milderung der aus dem objectiven Massstabe der regelmässigen hausväterlichen Fleissanwendung sich ergebenden Haftpflicht behandelt, die freilich nicht soweit gehen darf, dass damit etwa selbst ein grobes Verschulden entschuldbar gemacht werden könnte (zu vrgl. §. 730 des B.G.B. a. E.). Beispiele hierfür in §§. 1371, 1655, 1817, 336.

b. Eine besondere Ausnahme tritt nach §§. 1506 ff. des B.G.B. noch in Ansehung derer ein, die eine besondere Berufspflicht zu gewährleisten haben (öffentliche Beamte, öffentlich angestellte Sachverständige u. s. f.), insofern diese der Regel nach nur für absichtliche Verschuldung und grobe Fahrlässigkeit zu haften haben sollen.

II. Was über das Bereich der im concreten Falle zu vertretenden Fleissanwendung hinaus geht, stellt sich unter den Begriff des nach §. 126 des B.G.B. zu beurtheilenden Zufalles: auch dieser kann unter Umständen von dem Verpflichteten zu vertreten sein, dann ist dies aber entweder die Folge ausdrücklicher Verabredung, oder Folge besonderer Rechtsvorschrift, je nach der Natur des in Frage befangenen Forderungsverhältnisses; die hier einschlagende Lehre von dem Tragen der Gefahr bei bestehenden Obligationsverhältnissen ist im Einklange mit den von Wächter, Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XV. S. 97 ff. aufgestellten Grundsätzen in §§. 866 ff. des B.G.B. besonders regulirt.

Anwendungsfälle vgl. in §§. 1091, 1213, 1235 des B.G.B. u. s. f.

III. Ist die den Gegenstand des Forderungsrechtes bildende Leistung ganz oder theilweise unmöglich, so ist zunächst:

a. zu unterscheiden zwischen ursprünglicher d. h. gleich bei Entstehung der Forderung vorhandener und nachfolgender Unmöglichkeit. Nur die letztere gehört

unter Umständen hierher, da rücksichtlich der ursprünglichen Unmöglichkeit, gleichviel ob dieselbe eine rechtliche oder factische war, im Allgemeinen der Grundsatz gilt, dass unmögliche Leistungen nicht Gegenstand eines Forderungsrechts sein können, insbesondere die rücksichtlich ihrer eingegangenen Verträge nichtig seien (§§. 79, 90, 793 ff. des B.G.B.). Im Einklange hiermit wird umgekehrt

b. die nachfolgende Unmöglichkeit in dem Gesetzbuche zwar in der Regel einfach als Erlöschungsgrund der Forderung behandelt (§§. 1009 ff. des B.G.B.); jedoch findet sich dieses Princip nur rücksichtlich der unverschuldeten diesfallsigen Unmöglichkeit vollkommen zur Geltung gebracht, während die von einem der Betheiligten selbst verschuldete Unmöglichkeit nach der Auffassung des Gesetzbuches im §. 721 den Fortbestand des Obligationsverhältnisses an sich nicht ausschliesst, vielmehr dasselbe nur seinem Inhalte und seiner Richtung nach modificirt; und zwar ist hierbei von folgenden Grundsätzen auszugehen:

1. Die von dem Berechtigten verschuldete Unmöglichkeit gilt als Erfüllung der Forderung (§. 721 des B.G B. a. E.).

2. Die von dem Verpflichteten verschuldete löst zwar die Forderung des Berechtigten in der Regel in einem blossen Schädenanspruch auf. Nach §. 721, Abs. 2, ist jedoch der Berechtigte keineswegs genöthigt, seiner Klage von vorn herein die Einrichtung einer blossen Schädenklage zu geben, sondern er kann in diesem Falle dieselbe auch nach seiner Wahl unter vorläufiger Ignorirung der Unmöglichkeit der Leistung auf Naturalerfüllung richten. Hieraus folgt dann, dass

α. die exceptivische Beziehung des Beklagten auf die vorhandene Unmöglichkeit nur dann zur Elidirung der Klage und demgemäss zu einer Entbindung selbst

auch nur von dieser Klage führen kann, wenn er zugleich auf Umstände sich zu berufen vermag, welche die Unmöglichkeit als von ihm nicht verschuldet darzustellen geeignet sind, während andernfalls die künftige Condemnatoria auf Naturalerfüllung zu lauten haben, und die Schädenermittelung erst dem dereinstigen Executionsstadium nach den durch das Executionsgesetz vom 28. Febr. 1838 §§. 70 ff. hierfür aufgestellten Grundsätzen anheimfallen wird. Dabei ist aber auch

β. die Stellung des Klägers nach §. 731 des B.G.B. noch insofern besonders günstig, als er selbst in den Fällen, wo der Beklagte dem in Frage stehenden Obligationsverhältnisse zufolge nur die Vertretung von Arglist oder grober Verschuldung auf sich hat, rücksichtlich des Vorhandenseins einer den Verklagten verpflichtenden culpa von der Beweislast befreit sein, diese vielmehr ausschliesslich dem Beklagten zufallen soll, so dass der Letztere in der Regel nur dann auf eine absolutoria zu rechnen haben wird, wenn er als Ursache der Unmöglichkeit eine eigene culpa des Berechtigten (s. ob. III. 1.) oder einen Zufall im Sinne des oben II. Gesagten darzuthun vermag. Bloss dann, wenn der Beklagte beweisen kann, dass die völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund in einem Naturereignisse gehabt habe, ist er von jedem weiteren Beweise frei, und Sache des Berechtigten würde es dann sein, die concurrirende Verschuldung des Beklagten nachzuweisen, durch welche die Möglichkeit der Einwirkung des Naturereignisses auf das Leistungsobject erst veranlasst worden ist (§. 732 des B.G.B.).

3. Abschnitt. Von der Entstehung der Forderungen.

§. 104. Von den Verträgen im Allgemeinen.

I. Einseitige Rechtsgeschäfte unter Lebenden als Entstehungsgründe von Forderungen kennt das Gesetzbuch nicht mehr. Insbesondere räumt es weder dem Versprechen einer Leistung zum gemeinen Besten (an den Staat oder eine Stadtgemeinde), noch dem zu Gunsten einer pia causa (Gelübde, Votum) eine bevorzugte Stellung als Ausnahme von dem generellen Satze in §. 770 ein. Auch den Fall der Auslobung stellt das Gesetzbuch in §. 771 an sich unter den allgemeinen Vertragsgesichtspunkt. Die Besonderheiten dieses Falles sind daher nur darin zu suchen, dass hierselbst ein Vergütungsversprechen zu Gunsten einer persona incerta für eine von dieser zu beschaffende Leistung, dafern es öffentlich bekannt gemacht ist, für acceptationsfähig gilt.*) Indessen ist eine Acceptation hier nur durch Ausführung der verlangten Leistung selbst wirksam möglich, weshalb auch ein Widerruf des Versprechens bis zur Beschaffung der Leistung (also ohne Rücksicht auf die von der andern Seite etwa bereits begonnene Thätigkeit) jederzeit freisteht, vorausgesetzt nur, dass dieser Widerruf gleichfalls in der Form der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt.

II. In der Lehre vom Vertrage ist für unser Particularrecht die Vorschrift des Anhangs der Erläuterten Processordnung §. 5 von entscheidender Wichtigkeit geworden. Dort wird ein Document „darin gleich keine causa debendi specialis enthalten, dennoch zur Erhaltung Treue und

*) In Privatcirceln gemachte Auslobungen sind also nicht von gleicher Wirkung.

Glaubens, und da heutigen Tages jedes blosse pactum obligatorium ist" zum Gedrauche im Executivprocesse für geeignet erklärt. Schon das vormalige Landesappellationsgericht fand nach dem Zeugnisse von Kori, Erört. Bd. III, S. 177 ff. gegen die von Kind, quaest. for. Bd. III, qu. 49 vertretene ältere Ansicht hierin einen allgemeinen, über die Grenzen des Executivprocesses hinausgehenden Grundsatz ausgesprochen, und es hat sich diese extensive Interpretation auch bis in die neueste Zeit behauptet (Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. Bd. XV, S. 91 f.). So aufgefasst liegt für den obligatorischen Vertrag hierin das Doppelte:

a. dass der auf Begründung eines Forderungsrechtes gerichtete übereinstimmende Wille der Betheiligten in der Regel nicht in einer besonderen Form erklärt zu werden braucht (hierüber das Nähere im folgenden Paragraphen);

b. dass aber auch ebensowenig die bindende Kraft eines nur sonst gehörig zum Ausdrucke gelangten Verpflichtungswillens durch die jedesmalige Angabe des speciellen Schuldgrundes (causa debendi specialis) bedingt sei.

Damit war das Römische Contractsystem im Wesentlichen verlassen und namentlich auch die Möglichkeit eines bindenden Vertragsabschlusses in allen den Fällen einer gegenseitigen Obligation, wo die causa obligans nach Römischen Begriffen erst in der geschehenen Vorleistung des einen Theiles zu suchen war (Innominatcontracte) selbst schon vor diesem Zeitpuncte statuirt.

Hiermit stimmt denn auch das Gesetzbuch im §. 821 verb. mit §§. 782 ff. überein, und insofern hiernach die rechtsergänzende Kraft des Vertrages ausschliesslich und überall auf den übereinstimmenden kundgegebenen Parteiwillen zurückgeführt wird, kann man sagen, dass auch

bei uns heutzutage alle Verträge Consensualverträge seien.

Damit wird jedoch das der formell zu Tag getretenen Einigung der Parteien zu Grunde liegende materielle thatsächliche Verhältniss natürlich ebensowenig für bedeutungslos erklärt, als dies bei den den Römischrechtlichen Consensualcontracten beigezählten verschiedenen einzelnen Vertragsarten der Fall war, und selbst abgesehen hiervon ist der Begriff der sogenannten Realverträge auch heutzutage noch deshalb festzuhalten, weil es auch jetzt noch Fälle giebt, in welchen der Natur der Sache nach (neben der natürlich auch hier immer nöthigen Willenseinigung) die vorausgegangene Hingabe einer Sache fortdauernd noch die regelmässige Voraussetzung für den Eintritt der durch den Vertrag bezweckten Verpflichtung bilden wird, weshalb auch bis zu dieser Hingabe im Zweifel eine solche Verpflichtung von den Parteien nicht einmal als beabsichtigt angenommen werden kann. Dies tritt z. B. hervor in den Fällen der unentgeltlichen Gebrauchsleihe (Commodat), wo sogar eine vorausgegangene ausdrückliche Beredung auf Hingabe und Uebernahme der Sache der Regel nach ein Klagrecht auf Abnahme der letzteren gegen den, dem sie versprochen wurde, nicht erzeugt, ähnlich in den Fällen einer vorher verabredeten Hinterlegung der Sache (und es wird daher in diesen und ähnlichen Fällen immer darauf ankommen, ob durch das zu begründende Vertragsverhältniss nach der Absicht der Parteien beide Theile oder nur der eine, und welcher von ihnen einen Vortheil erlangen sollte).

Diesem Gedanken hat auch das Gesetzbuch mit Recht dadurch Ausdruck gegeben, dass es sowohl beim Darlehn (§§. 1067, 1068) als beim Hinterlegungsvertrage (§§. 1260, 1261) und bei der Gebrauchsleihe (§§. 1173, 1174) den mit dem Empfange der res für abgeschlossen und bestehend zu erachtenden Hauptvertrag den auf Hingabe,

resp. Annahme der Sache möglicherweise vorausgegangenen Beredungen ausdrücklich gegenüberstellt, und zwar letztere dem Hauptvertrage gegenüber nur als präparatorische, einer kürzeren Verjährung z. B. unterliegende, und nicht einmal überall klagbare Verträge behandelt.

Zu weit gehet daher der von dem Siebenhaarschen Commentar Bd. II. S. 78 ff. gemachte Versuch, für das Recht des Gesetzbuches die Realverträge im obigen Sinne ganz zu leugnen.

§. 105. **Fortsetzung. III. Form der Verträge.**

Hierüber ist zunächst das im allgemeinen Theile §. 31 von den Rechtsgeschäften Gesagte zu vergleichen. Die im vorigen Paragraphen unter II. a erwähnte Regel, dass der Vertrag zu seiner Gültigkeit die Beobachtung einer besonderen Form nicht erfordere, findet sich in §. 821 des B.G.B. festgehalten. Nur ausnahmsweise stellt das Gesetzbuch für gewisse Verträge besondere Formerfordernisse auf (sog. gesetzliche Form), und soweit solches geschieht, hat dies dann die Bedeutung, dass, so lange denselben noch nicht genügt wurde, die vorausgegangene Willenseinigung der Betheiligten schlechthin wirkungslos erscheint, ihr also namentlich auch die Wirkung abgeht, auf Erfüllung der erforderlichen Solennitäten gegen den andern Theil klagen zu können.

Von der nicht auf Gesetz, sondern auf Verabredung der Betheiligten beruhenden Form (sog. vertragsmässige Form) kann zwar unter Umständen dasselbe zu gelten haben, nämlich dann, wenn erweislich die Absicht der Paciscenten darauf gerichtet war, dass die Gültigkeit des Geschäftes von der vorgängigen Formbeobachtung abhängen solle. Zwischen beiden Fällen besteht aber zunächst der Unterschied, dass, während die im Gesetzbuche vorgeschriebene Form nach §. 100 im Zweifel

als nothwendig, d. h. für die Gültigkeit des Geschäfts im obigen Sinne wesentlich aufzufassen ist, der vertragsmässigen Form umgekehrt bis zum Erweise eines Andern die Tendenz untergelegt werden muss, für den Vertrag (durch Urkunden, zuzuziehende Zeugen u. s. f.) ein Beweismittel zu sichern, und zwar gleichviel, ob die Formverabredung vor oder nach dem Vertragsabschlusse getroffen worden ist.

Wenn insbesondere das Gesetz oder der Parteiwille als wesentliches Formerforderniss Schriftlichkeit der Vertragserrichtung vorschreibt (sei dies in Form einer von den Betheiligten zu vollziehenden Privaturkunde, sei es durch Abgabe ihrer Willenserklärung vor Gericht zu Protocoll), so bildet der Inhalt der aufgenommenen Urkunde die entscheidende Unterlage für die Beurtheilung der Natur und des Umfanges des eingegangenen Vertragsverhältnisses, und zwar in Fällen gesetzlich vorgeschriebener Schriftlichkeit unbedingt und dergestalt, dass die etwaigen in der Urkunde nicht mit aufgenommenen mündlichen, den Bestand der zu begründenden obligatio afficirenden Nebenberedungen selbst dann nicht in Betracht kommen, wenn deren Geltung neben der Urkunde ausdrücklich vereinbart war, wogegen in Fällen pactirter Schriftlichkeit auch wieder die erweisliche Absicht der Parteien über die Rechtsverbindlichkeit solcher mündlichen Beredungen neben der Urkunde entscheidet (§. 826 des B.G.B.). Beispiele gesetzlich vorgeschriebener Form z. B. der Gerichtlichkeit des Vertragsabschlusses kommen bei der sogenannten donatio immodica und den eheweiblichen Intercessionen vor, die in der Hauptsache auch schon unserem zeitherigen Rechte bekannt waren. Das Nähere darüber in den speciellen Lehren.

Dagegen enthält §. 822 des B.G.B. eine wichtige Aenderung unseres zeitherigen Rechtes insofern, als er für alle Verträge, die den Uebergang des Eigenthums an

Grundstücken oder die Uebertragung einer mit besonderem Folium im Grund- und Hypothekenbuche versehenen Berechtigung zum Zwecke haben, schriftliche Form verlangt (und zwar wahlweise entweder Privaturkunde oder Erklärung zu Protocoll vor Gericht). Nach der Einführungsverordnung §. 13 stehet jedoch das Notariatsprotocoll dem gerichtlichen Protocolle insofern gleich. Hiernach kann (ganz abgesehen natürlich von der erst vom Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch abhängigen sachenrechtlichen Wirkung des Eigenthumsüberganges selbst) einem solchen Vertrage beim Mangel der gedachten Form nicht einmal die obligatorische Kraft weiter zukommen, als Rechtstitel auf Eintrag dienen zu können. Auch sind hiemit die sonstigen Fälle eines zur Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche bestimmten Rechtsgeschäftes, z. B. die Eingehung eines pactum hypothecae nicht etwa zu verwechseln. Denn wenn auch hier, wie früher, so selbst jetzt nach dem Rechte des Gesetzbuches, der Eintrag der Hypothek vor Beschaffung eines für den Hypothekenrichter ausreichenden urkundlichen Nachweises über das den Rechtsgrund bildende pactum nicht realisirbar sein wird, so behält doch die Urkunde hier lediglich die Eigenschaft eines blossen Beweismittels, durch dessen vorläufiges Nichtvorhandensein die Wirksamkeit der vorausgegangenen mündlichen Beredung an sich in keiner Weise berührt wird.

§. 106. Fortsetzung. IV. Die Wirkung der Verträge.

A. In Ansehung der aus ihnen berechtigten und verpflichteten Personen ist

1. der Uebergang der durch einen Vertrag begründeten Rechte und Pflichten auf und gegen die Erben der vertragsschliessenden Theile der Regel nach ein unbeschränkter; ausgenommen sind schon ihrer Natur

nach die streng an die Personen der Contrahenten geknüpft zu denkenden vertragsmässigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei der Dienstmiethe, dem Leibrentenvertrage u. s. w. Weitere Ausnahmen zu vergl. im Erbschaftsrechte. Von jeher hat hierher auch die Sächsische Praxis das Recht des Vorkaufs- und des Wiederkaufsberechtigten gerechnet, insofern man von der Ansicht ausging, dass insoweit eine sehr wesentliche und deshalb strict zu interpretirende Beschränkung in der Disposition über das dem Vorkaufe oder Wiederkaufe unterliegende Grundstück in Frage stehe, somit aber wenigstens im Zweifel der Uebergang des betreffenden Befugnisses auf den Erben des Berechtigten zu verneinen sei (Zeitschrift für Rechtspfl. Bd. XV. S. 368 ff. — XIX. S. 229 ff.). Das Gesetzbuch unterscheidet beim Vorkaufsrechte in §. 1127 zwischen dem activen und passiven Uebergange des Forderungsrechtes, insofern es einen solchen zwar auf die Erben des Verpflichteten, nicht aber auf die des Berechtigten zulässt, während es das Wiederkaufsrecht stillschweigend activ wie passiv auf und gegen die Erben für transmissibel erklärt.

2. Ausnahmsweise soll auch schon ein blosser Singularnachfolger der Vertragsinteressenten aus dem Vertrage berechtigt oder verpflichtet werden können. Abgesehen nämlich von dem nicht hierher gehörigen Falle eines durch Cession vermittelten Ueberganges des Forderungsrechtes statuirte man in unserer zeitherigen Doctrin die Möglichkeit eines sogenannten pactum reale in ziemlich weitem Umfange, wobei man nicht etwa an den Römischrechtlichen Gegensatz zwischen pactum in personam und in rem, sondern an ein sogenanntes pactum intuitu fundi initum, d. h. an eine solche vertragsmässige Einigung zu denken hat, vermöge deren ein Grundstücksbesitzer in Bezug auf seine Grundstücke entweder eine auch seine Nachbesitzer bindende Verpflich-

tung übernimmt, oder eine auch seinen Nachbesitzern zu Gute kommende Berechtigung sich stipulirt. Ungeachtet der seiner Zeit von Kind quaest. II. quaest. 71 (ed sec.) III. 41 (ed. prima) geführten lebhaften Opposition gegen die Wirksamkeit derartiger Verträge für oder wider den späteren Erwerber des fraglichen Grundstückes (dafern er nicht zugleich etwa allgemeiner Rechts- resp. Schuldnachfolger des früheren Besitzers sei), befestigte sich doch in den Sächsischen Gerichtshöfen die gegentheilige Meinung, namentlich unter dem Einflusse der damals herrschenden Anschauungen von den sogen. deutschrechtlichen in faciendo bestehenden Servituten. Nach der richtigeren Ansicht hat man das sogen. pactum reale überhaupt nicht als eine eigenthümliche Vertragsgattung, sondern nur als die mehr zufällige Form aufzufassen, unter der sehr verschiedenartige Rechte am Grundstücke zur Entstehung gelangen, beziehentlich von dem jeweiligen Grundstückseigenthümer gewisse gegen den Nachbesitzer wirksame Dispositionsbeschränkungen übernommen werden können. Ob nun der Singularsuccessor daraus berechtigt oder verpflichtet werde, hängt lediglich davon ab, ob das betreffende Rechtsverhältniss, welches bezweckt ward, zu denen gehört, die mit dinglicher Wirkung durch blossen Vertrag (nach früherer Ansicht freilich nach Befinden noch unter Hinzutritt der sogenannten quasi traditio) begründet werden können, beziehentlich ob dasselbe ein solches sei, welches wenigstens durch Vermittelung eines Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche zu einem, auch den Nachbesitzer des Promittenten bindenden, erhoben werden könne: zu vgl. z. B. ob. §. 61 a. E. §§. 85 ff. Soweit dieses der Fall ist, so ist es aber dann nicht das pactum an sich, sondern das durch dasselbe, beziehentlich unter Hinzutritt des Eintrags begründete mehr oder weniger absolut wirkende Rechtsverhältniss, wodurch dem Nachbesitzer Verpflichtungen auferlegt, resp. Rechte er-

theilt werden sollen. So fasst auch das Gesetzbuch im §. 857 die Frage auf.

3. Abgesehen hiervon hat man bei der Frage nach der Einwirkung eines vertragsmässig begründeten Forderungsrechts auf dritte Personen folgende Fälle zu unterscheiden:

a. Das sogenannte pactum in favorem tertii initum, vermöge dessen sich Jemand von seinem Mitcontrahenten eine Leistung zu Gunsten eines Dritten versprechen lässt. In Uebereinstimmung mit der zeitherigen schon in den Sächsischen Gerichtshöfen herrschend gewordenen Ansicht (zu vgl. Curtius Handbuch §. 1281. Zus. zu der Note ff. S. 130 ff. des III. Th. 2 Abth.) geht hier das Gesetzbuch in §§. 853, 854 von der Auffassung aus, dass, dafern der Promittent bei Leistung des Versprechens wirklich den Willen gehabt habe, sich nicht bloss dem Promissar, sondern auch dem beim Vertragsabschlusse nicht concurrirenden Dritten gegenüber zu verpflichten, dieser Letztere dadurch das Recht erlangt, durch Beitritt zu dem Vertrage sich selbst einen directen Anspruch auf Erfüllung und eine dem entsprechende Klage gegen den Promittenten zu verschaffen, dass aber, so lange dieser Beitritt noch nicht, sei es ausdrücklich oder factisch, erklärt sei, der Promissar über das betreffende Schuldverhältniss durch Annahme der Erfüllung, durch Erlass, durch Novation u. s. f. einseitig zu verfügen berechtigt sei. Umgekehrt ist aber auch der Promissar an einen von dem Dritten dem Promittenten gegenüber geleisteten Verzicht gebunden (§. 856 des B.G.B.), während das Gesetzbuch die Zulässigkeit eines einseitigen Rücktrittes des Promittenten vor erfolgter Beitrittserklärung des Dritten nicht kennt.

b. Den Fall des solutionis causa adjectus in §. 692 des B.G.B., welcher sich von dem vorigen dadurch unterscheidet, dass der bei Begründung der Obligation

durch Nebenbestimmung hinzugefügte Zahlungsempfänger ein eigenes Klagrecht auf Erfüllung der Obligationsleistung niemals, selbst nicht durch seinen etwa später erklärten Beitritt erhält, sondern nur als der an die Stelle des Gläubigers ausschliesslich oder cumulativ tretende Empfangsberechtigte erscheint, weshalb auch derselbe gültigerweise eine handlungsunfähige Person sein kann.

B. Soviel die Klage auf Erfüllung des Vertrages anlangt, so ist diese

1. nach §. 858 verb. m. §. 761 des B.G.B. selbst dann immer auf den eigentlichen Gegenstand der Forderung zu richten, wenn dieselbe auf eine persönliche in einem Thun bestehende Leistung gehet. Hierdurch und durch die Schlussworte des §. 761 des B.G.B. ist ein unserer zeitherigen Praxis besonders geläufiger Grundsatz beseitigt, wonach man annahm, dass eine von der freiwilligen Mitwirkung eines Dritten abhängige Leistung in der Regel überhaupt nicht direct Gegenstand der Klage sein könne, sondern dass hier im Falle des Ausbleibens der Leistung nur ein Anspruch auf Schadenersatz von vornherein möglich sei (Wochenbl. 1865, S. 356.). In Verbindung hiermit stehet auch der in §. 799 des B.G.B. aufgestellte Grundsatz, wonach ich mich auch gültigerweise verpflichten kann, die Handlung eines Dritten zu beschaffen.

2. Ebenso verlässt das Gesetzbuch in §. 860 eine in dem Sächsischen Gerichtsbrauche Jahrhunderte lang consequent festgehaltene Ansicht, welche auch durch den Anhang der Erl. Processordnung §. 4 nicht undeutlich gesetzliche Anerkennung gefunden hatte, die Ansicht nämlich, dass bei der Klage auf Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages der Kläger, dafern nicht dem Beklagten nach ausdrücklicher Verabredung oder nach der Natur des Geschäftes die Vorleistung obliege, sofort in der Klag-

schrift selbst auf die seinerseits bewirkte Contractserfüllung Bezug zu nehmen, resp. wenigstens sich dazu zu erbieten habe (Osterloh, summ. Proc. §. 32. S. 89, Anm. 6.). Indem das Gesetzbuch insoweit a. a. O. der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie*) sich zuwendet, wonach es zunächst dem Ermessen des Gegners zu überlassen ist, ob er das Ausbleiben der Gegenleistung rügen wolle oder nicht (sog. exceptio non adimpleti contractus), ist es natürlich weit davon entfernt, etwa zugleich den materiellrechtlichen Grundsatz aufzugeben, dass die Vollziehung der Gegenleistung resp. das Erbieten hierzu die wesentliche Voraussetzung eines wirksamen Klagerechtes für den dazu Verpflichteten bildet. Der practische Unterschied jener Bestimmung im Vergleiche zu der zeitherigen Auffassung wird daher vornehmlich darin bestehen, dass, während zeither im obigen Falle die Bezugnahme auf die geschehene Contractserfüllung zum Klaggrunde gerechnet wurde, dieselbe nunmehr einen bloss replicatorischen Charakter gewinnt, gleichviel ob sie bereits in der Klagschrift sich findet oder nicht, dass aber auch die der exceptio des Beklagten gegenüber erst im Repliksatze vom Kläger behauptete Contractserfüllung, wenn das diesfallsige Vorbringen nur sonst als schlüssig erscheint, jederzeit noch beachtet, und, da nöthig, im Ordinarprocesse zum Beweise ausgesetzt werden muss. Die Behauptung quantitativer Unvollständigkeit der Vor- oder Gegenleistung wälzt dem Kläger gleichfalls in der Regel die Beweislast zu, mit Ausnahme des in §. 863 gedachten Falles, wo sie beim Mangel eines geeigneten Vorbehaltes beim Empfange der Leistung allerdings auf den Excipienten übergehen soll.

---

*) Windscheid: Lehrb. des Pandectenrechtes §. 321. not. 2, Bd. II. S. 203 ff.

3. Das auf die c. 2 C. IV, 44. gestützte Rechtsmittel wegen laesio enormis findet künftig nicht mehr statt (§. 864 des B.G.B.).

§. 107. Fortsetzung. V. Die Haftung wegen physischer und juristischer Mängel des Vertragsgegenstandes.

A. Haftung wegen physischer Mängel.

Die diesfalls nach dem Römischen Rechte concurrirenden civilrechtlichen Rechtsmittel auf der einen und ädilicischen auf der andern Seite sind in §§. 899 ff. dergestalt verschmolzen, dass

1. bei entgeltlichen Veräusserungsverträgen der Erwerber das Recht erhält, wegen verborgener physischer Fehler oder wegen des Mangels zugesagter Eigenschaften der Sache nach seiner Wahl die Aufhebung des Vertrages oder die Minderung der Gegenleistung zu verlangen, gleichviel ob der Veräusserer den Fehler der Sache bei Abschluss des Geschäftes gekannt hat oder nicht. Auf den Hinzutritt dieses letzteren Momentes, sowie darauf, ob der Mangel einer versprochenen Eigenschaft der Sache in Frage stehet, kommt nur insofern noch etwas an, als

a. in beiden Fällen der Erwerber neben der Aufhebung des Rechtsgeschäftes oder der Minderung der Gegenleistung auch noch accessorische Schäden oder an dessen statt das volle id quod interest beanspruchen kann (§. 922 des B.G.B.);

b. in beiden Fällen die gewöhnliche Verjährung eintritt, während das ad 1. gedachte Rechtsmittel an sich bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei unbeweglichen in einem Jahre verjährt (§. 923 des B.G.B.). Dabei wird zwar der Begriff des verborgenen Fehlers in §§. 902 ff. im Allgemeinen im gemeinrechtlichen Sinne wiedergegeben,

dagegen macht sich für den Begriff eines concurrirenden dolus des Veräusserers im Vergleiche zu den diesfallsigen Grundsätzen des Römischen Civilrechtes die nicht unwesentliche Abweichung bemerkbar, dass schon die Kenntniss des Veräusserers von der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache ohne Hinzutritt des weiteren Erfordernisses eines arglistigen Verschweigens als dolus aufgefasst werden soll (§. 922 des B.G.B.).

2. Als den Zeitpunkt, wann der verborgene Mangel vorhanden gewesen oder die versprochene Eigenschaft gefehlt haben müsse, um den Erwerber zur Aufhebung des Rechtsgeschäftes, beziehentlich zur Minderung der Gegenleistung zu berechtigen, setzt der §. 900 des B.G.B. die Zeit des Vertragsabschlusses oder bei Veräusserung eines genus die Zeit der Ausscheidung der zu liefernden Stücke fest; endlich bei bedingten Veräusserungsverträgen den Augenblick des Eintrittes der Bedingung. Dagegen ist für den Beginn der oben gedachten kurzen Verjährungsfristen von sechs Monaten, resp. einem Jahre durchweg nur der Tag der Empfangnahme der fehlerhaften Sache maassgebend.

3. Das dem Erwerber verstattete Wahlrecht zwischen Minderung der Gegenleistung oder Wandelung (redhibitio) erlischt mit dem Augenblicke der Behändigung der von ihm deshalb angestellten Klage an den Beklagten; wählt er Minderung, so findet nicht mehr, wie man bisher gewöhnlich annahm, eine verhältnissmässige Minderung des Kaufpreises statt, sondern es hat solche einfach nach dem Betrage zu erfolgen, um welchen der wahre Werth der mit dem Fehler behafteten Sache hinter dem bedungenen Preise zurückbleibt, ohne Rücksicht also auf das Verhältniss dieses Preises zu demjenigen Werthe, den die Sache ohne den Fehler gehabt haben würde. Eine thatsächliche Authebung des Handels unter der Form der blossen Preisminderung, wie nach Römischem Rechte, kann

daher künftig nicht mehr vorkommen, wohl aber ein Wegfall der Minderungsklage dann, wenn der bedungene Preis den wahren Werth der fehlerhaften Sache noch nicht übersteigt. Hier steht jedoch dem Erwerber immer noch die Wandelungsklage nach §. 921 des B.G.B. offen.

4. Bei unentgeltlichen Veräusserungsverträgen kann nur im Falle eines dolus oder einer ausdrücklich übernommenen Verpflichtung Haftung wegen verborgener Mängel der Sache eintreten, und zwar würde hier zum Vorhandensein des dolus nach der Fassung des §. 949 des B.G.B. die blosse Kenntniss von der wahren Beschaffenheit der Sache auf Seiten des Veräusserers ohne Hinzutritt der Absicht der Benachtheiligung des Erwerbers nicht genügen.

5. Für den Gebrauch der actio redhibitoria beim Pferdehandel galten bei uns zeither insofern eigenthümliche Grundsätze, als dieselbe nur beim Vorhandensein eines der vier sogenannten Hauptmängel (Cardinalfehler) angestellt werden konnte. Diese vier Fehler waren:

Stetigkeit
Staarblindheit (sog. Schönblindheit),
eine unter dem Namen Hartschlägigkeit oder Herzschlägigkeit oder Dampf vorkommende Lungenkrankheit, und
Rotzkrankheit.

Man stützte sich hierbei auf Art. 97 des Magdeburger Weichbildes und die dazu gehörige Glosse, an welchen beiden Stellen diese vier Fehler besonders hervorgehoben werden, aber freilich wohl nur exemplicativ, wie denn auch inconsequenter Weise ein fünfter in der Glosse gleichfalls erwähnter Fehler, der sogenannte Dummkoller umgekehrt nicht zu den Cardinalfehlern gerechnet wurde.

Die Bestimmungen des Weichbildes, wie die ähnlichen mehrerer anderer mittelalterlicher Rechtsquellen erklären sich daraus, dass nach damaliger Germanischer

Auffassung im Gegensatze zum Römischen Rechte der Käufer nach einmal vollzogenem Kaufgeschäfte in der Regel ein Redhibitionsrecht wegen verborgener Fehler überhaupt nicht hatte, und die beim Viehhandel rücksichtlich gewisser Fehler gemachten Ausnahmen erschienen deshalb als eine bei dieser Gattung von Kaufgeschäften dem Käufer billigerweise zu Theil werdende Begünstigung, während man dieselben nach dem Eindringen des Römischen Rechtes, um sie mit den weiter gehenden Vorschriften des ädilicischen Edicts in Einklang zu bringen, missverständlich als Beschränkungen des Redhibitionsrechts zu behandeln anfing. Nur insofern erschien der Käufer auch jetzt noch begünstigt, als er, sobald er auf das Vorhandensein eines jener Cardinalfehler zur Zeit des Kaufabschlusses mit Erfolg sich beziehen konnte, zugleich die Vermuthung für sich hatte, dass er den Fehler beim Contractsabschlusse nicht habe wahrnehmen können, und nach dem Gerichtsbrauche wurde weiter zur Erleichterung des dem Käufer obliegenden Beweises von der Annahme ausgegangen, dass der betreffende Fehler, falls er sich nur innerhalb dreier Tage vom Kaufabschlusse an gerechnet zeigte, zur Zeit des letzteren präsumptiv bereits vorhanden gewesen sei. Bei allen übrigen Fehlern, auf welche sich der Käufer eines Pferdes nach allgemeinen Grundsätzen zum Zwecke der Wandelung an sich noch hätte berufen können, musste er, um die Wiederaufhebung des Handels zu erwirken, entweder auf ein von dem Verkäufer geleistetes Garantieversprechen, oder auf dessen dolus Bezug nehmen.

Das Gesetzbuch geht von folgenden Grundsätzen aus:

a. dass es nicht bloss für Pferde, sondern auch für andre den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildende Thiergattungen im §. 926 des B.G.B. gewisse Cardinalfehler aufstellt, und zwar zunächst in dem Sinne, dass, wenn sich solche binnen der dort für jedes derselben speciell

normirten Zeit zeigen, deren Vorhandensein beim Kaufabschlusse zu vermuthen sei, weiter aber auch in dem Sinne, dass deshalb die Wandelungsklage, aber auch nur diese, mit Ausnahme eines in §. 927 des B.G.B., Abs. 1 am Ende gedachten Falles, dem Erwerber zustehen solle;

b. dass ferner bei Pferden und Rindvieh wegen anderer, als der ad a. gedachten Fehler eine Haftpflicht des Veräusserers überhaupt nur noch im Falle eines Garantieversprechens oder eines nachweislichen dolus stattfindet, wogegen

c. bei allen übrigen Thiergattungen ausser den Pferden und dem Rindvieh, falls ein Cardinalfehler der ad a gedachten Art nicht vorliegt, wohl aber ein anderer verborgener Fehler, die allgemeinen Grundsätze eintreten, und zwar soll auch hier, wenn die Erkrankung oder der Tod des Thieres binnen 24 Stunden vom Kaufsabschlusse an erfolgt, die ad a. gedachte Vermuthung gleichfalls Platz ergreifen (§. 925 des B.G B.).

§. 108. B. Haftung wegen juristischer Mängel des Vertragsgegenstandes (Entwährung).

1. Die Haftung des Veräusserers wegen Entwährung findet gleich der im vorigen §. 107 gedachten Haftpflicht an sich und abgesehen von dem Falle eines dolus oder besonderer Gewährleistung nur bei entgeltlichen Veräusserungsverträgen statt (§. 949 des B.G.B.). Hierbei ist zwar zunächst wieder an den Fall der gänzlichen Veräusserung einer körperlichen Sache zu denken, indess greifen die Grundsätze über Evictionsleistung auch da Platz, wo der onerose Vertrag auf Bestellung oder Uebertragung eines Rechtes an der Sache, und selbst da, wo er auf Uebertragung einer bloss persönlichen Forderung gerichtet war (§. 930 des B.G.B., Abs. 2, verb. m. §. 971 des B.G.B.).

2. Das Gesetzbuch fasst den Evictionsanspruch des Erwerbers gegen seinen Auctor als einen selbständigen, neuen und nicht als einen solchen auf, vermöge dessen unter dem Nachweise, dass die frühere Vertragserfüllung eine bloss scheinbare (m. a. W. also eine Nichterfüllung) gewesen sei, fortdauernd Erfüllung des ursprünglichen Veräusserungsvertrages, beziehentlich unter der Form der Interesseleistung gefordert werden könne.

Dies gehet theils daraus hervor, dass nach §. 952 des B.G.B. der Veräusserer sich von dem Evictionsanspruche nicht durch Wiederverschaffung der entwährten Sache zu befreien vermag, theils — und noch deutlicher — daraus, dass die Klage aus der Entwährung nicht der gewöhnlichen Verjährung der ursprünglichen Contractsklage, sondern einer selbständigen kurzen dreijährigen Verjährung von Zeit der Entwährung an unterliegt, dafern nicht dolus des Veräusserers, resp. besondere Garantieleistung concurrirt (§. 946 des B.G.B.).

3. Als regelmässige Voraussetzung des Evictionsanspruches wird in §. 931 des B.G.B. gleichfalls wie im gemeinen Rechte die bezeichnet, wenn das Object der Veräusserung in Folge des von dem Dritten daran geltend gemachten älteren und besseren Rechtes dem Erwerber durch richterliche Sentenz abgesprochen wird, gleichviel übrigens, ob letzterer in dem diesfallsigen Processe die Rolle des Klägers oder des Beklagten hatte, nur darf, wie noch ausdrücklich zur Erledigung der diesfalls bestehenden gemeinrechtlichen Controverse bestimmt wird, die Abforderung der Sache seiten des Dritten nicht mittels blosser Besitzklage erfolgt sein. Auch ist als regelmässige Vorbedingung zur Wahrung des Regressanspruches gegen den evictionspflichtigen Auctor das Institut der Streitankündigung in §. 933 des B.G.B. beibehalten. Ueber die Form der letzteren gilt jedoch bei uns auf Grund der Erläuterten Processordnung ad tit. XIV.

das Besondere, dass dieselbe nothwendig gerichtlich und zwar durch das Processgericht geschehen muss. Dies wird selbst bei einer mehrmaligen, successiven Streitverkündigung angenommen (Wochenblatt von 1861, S. 248 ff.).

Die Erläuterte Processordnung a. a. O. spricht zwar nur von dem Falle, wenn der Käufer im Evictionsprocesse die Rolle des Beklagten hat, und zwar soll er binnen acht Tagen vor dem Verhörstermine die Streitankündigung bei deren Verlust zu den Acten einbringen.

War er Kläger, so fehlt es in unseren Gesetzen an einem gleichen Präclusivtermine; hier wird jedoch die litis denunciatio noch bis zum Enderkenntnisse gestattet, dafern sie nur nicht so spät erfolgt, dass sie dadurch ganz unnütz wird. Als Ausnahme von der Nothwendigkeit der litis denunciatio wird übrigens schon von der Erläuterten Processordnung a. a. O. §. 2 unter Anderm der Fall erwähnt, wenn der Anspruch des Evincirenden offenbar und es gewiss sei, dass der Veräusserer dem Erwerber ohnehin „keine genugsame exceptiones und adminicula zu suppeditiren in Stande gewesen sein würde.“ Will nun der Erwerber, gestützt hierauf, und ungeachtet der seiner Zeit versäumten litis denunciatio später seinen Regress an den Auctor nehmen, so muss er nach der früher freilich bestrittenen, wohl aber richtigeren Ansicht in seiner Regressklage die angebliche Evidenz des besseren Rechtes des Dritten und die von ihm in der Processführung wider letztern bewährte Diligenz besonders darlegen, sowie nöthigenfalls beweisen, während in dem Falle rechtzeitig bewirkter Streitverkündigung der Veräusserer das Resultat jenes Vorprocesses (von dem Falle eines seiten des Erwerbers verschuldeten Verlustes abgesehen) gegen sich gelten zu lassen hat und mit Einwendungen, die er etwa dem Evincirenden dort hätte ent-

gegenstellen können, nicht weiter gehört wird. Theilweise anderer Meinung ist in letzterer Beziehung für unser früheres Recht Osterloh, Handbuch §. 193, Anm. 13. Zu vergl. jedoch dagegen Wochenblatt 1848 S. 177. — Das Gesetzbuch in §. 933 a. E. schliesst sich der obigen Ansicht an.

4. Neben jenem regelmässigen Evictionsfalle (mit vorausgehendem Rechtsstreite) wird der Regressanspruch des Erwerbers in §§. 936—938 noch in einer Reihe anderer Fälle aufrecht erhalten, welche alle auf dem gemeinschaftlichen Grundgedanken beruhen, dass wenn auf anderem Wege als durch Richterspruch das bessere Recht des Dritten auf eine den Auctor bindende Weise dargethan werden könne, der Erwerber es nicht schlechterdings auf den Process mit dem Dritten ankommen zu lassen brauche, und noch weniger die Unmöglichkeit eines vorausgehenden Rechtsstreites, (wie z. B. in dem §. 937 des B.G.B. gedachten Falle der confusio) ihm, dem Erwerber, zum Nachtheile gereichen dürfe.

5. Ein besonders häufiger Fall, wo die Evictionsleistung in Frage kommt, ist der, wenn der Käufer eines Grundstückes wegen älterer, darauf haftender Hypotheken, die er beim Kaufabschlusse von seinem Auctor nicht mit überwiesen erhalten hat, nachmals in Anspruch genommen wird. Die für den Käufer in einem solchen Falle meistens gegebene Möglichkeit, sich über die Existenz der Hypotheken in Zeiten, d. h. noch vor dem Kaufabschlusse, Kenntniss zu verschaffen, steht der Annahme, dass es sich hier um einen verborgenen juristischen Fehler der Sache für den Käufer gehandelt habe, nicht entgegen. Anderer Meinung für das frühere Recht ist mit Unrecht Heyne, Erört. a. d. Grund- und Hypothekenrechte S. 82. — Der Verkäufer wird deshalb auch in diesem Falle dem Käufer in der Regel evictionspflichtig bleiben, und

Letzterer wird eventuell schon von der Vorschrift des §. 943 des B.G.B. gegen seinen Auctor Gebrauch machen können.

4. Abschnitt. Abtretung der Forderungen.

§. 109. **Begriff und Gegenstand.**

Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspfl. Bd. XXVIII. S. 289 ff.

I. Nach dem Gesetzbuche fallen unter den Begriff der Abtretung von Forderungen überhaupt alle Vorgänge, in welchen ohne Vermittelung einer Universalsuccession sich ein Wechsel in der Person des Gläubigers einer Forderung vollzieht. Dabei wird unterschieden zwischen den Fällen, wo dieser Wechsel

1. durch eine Willenserklärung des Gläubigers,
2. durch Richterspruch,
3. unmittelbar durch das Gesetz

vermittelt wird.

Ad 1. kann diese Willenserklärung entweder

a. auf völlig freier Entschliessung des Gläubigers beruhen, und muss dann entweder in der Form einer gültigen letztwilligen Verfügung oder in der Form eines mit dem neueintretenden Gläubiger abgeschlossenen Vertrages eingekleidet sein (§. 953 verb. m. §. 962 des B.G.B., Abs. 1, 2 —); oder es kann

b. eine gesetzliche Verpflichtung hierzu auf Seiten des Gläubigers bereits bestehen. In diesem Falle ist, um die Uebertragung der Forderung auf den Dritten zu bewirken, zwar immer noch eine Willenserklärung des Gläubigers unerlässlich; es genügt hier aber schon dessen einseitige Erklärung, dass er die Forderung an den Dritten abgetreten haben wolle (§. 962 des B.G.B., Abs. 2.). Bis dieselbe erfolgt, existirt also

auch in diesen Fällen (im Gegensatze zu den Fällen ad 3, wo der Gläubigerwechsel ipso jure vor sich gehet) zu Gunsten des Dritten immer nur erst ein Rechtstitel auf Abtretung, zu dessen Realisirung es nach Befinden noch der Anrufung richterlicher Hülfe bedürfen würde, wo sich dann möglicherweise der Fall unter die Kategorie unter 2 stellt. Fälle einer solchen gesetzlichen Verpflichtung finden sich in §§. 957—961 des B.G.B. zusammengestellt, und unter ihnen namentlich auch der Fall, wenn ein Stellvertreter mit dem Dritten im eignen Namen und ohne sich diesem in seiner Eigenschaft zu erkennen zu geben, contrahirt, hierdurch aber die durch den Vertragsabschluss etwa begründete Forderung an den Dritten zunächst für sich selbst erworben hat (zu vergl. §. 790 des B.G.B.). Insofern hier der Vertreter aus dem von seinem Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gegen den Dritten nicht unmittelbar, sondern erst auf Grund einer von jenem ertheilten, wenn auch einseitigen, Abtretungserklärung klagen kann, wird hier (wie auch in den übrigen obgedachten Fällen) die Ansicht derjenigen gemeinrechtlichen Rechtslehrer reprobirt, die in einem solchen Falle ohne Weiteres eine actio utilis für den neuen Gläubiger gegeben, d. h. also den Fall unter den Gesichtspunct sub 3. gestellt wissen wollen.

Ad 2. ist an die Function des Theilungsrichters, aber nach Befinden auch an die des Hülfsrichters, z. B. insofern zu denken, als in Gemässheit des §. 504 des B.G.B. von demjenigen, der ein Hülfsrecht an einer hypothekarischen Forderung erlangt hat, statt der Einziehung der letzteren zu seiner Befriedigung deren Umschreibung im Grund- und Hypothekenbuche auf seinen Namen nach Höhe seiner Schuldforderung verlangt werden kann (zu vgl. oben §. 84, 3. b.).

Ad 3. erwähnt das Gesetzbuch in §§. 953, 954 den doppelten Fall

a. des Mitüberganges von auf die Forderung bezüglichen Nebenrechten auf den Cessionar, soweit sie nicht bei der Abtretung der Hauptforderung ausdrücklich ausgenommen worden sind, z. B. Bürgschaftsforderungen, Zinsenforderungen pro futuro selbst dann, wenn sie auf selbständiger Klage beruhen, Pfandrechte, nur dass bei letzteren wegen der Natur des Pfandrechtes bis zur Uebergabe der verpfändeten beweglichen Sache an den Cessionar resp. bei Hypotheken bis zur Eintragung des Letzteren im Grund- und Hypothekenbuche für ihn in der Regel nur erst ein Titel auf Uebertragung des Pfandrechtes bestehen wird. Ueber die Frage dagegen, ob, wenn zur Zeit der Abtretung nur erst ein Rechtstitel auf Eintrag einer Hypothek auch für den Cedenten bestand, dieser Rechtsgrund überhaupt cessibel, resp. auf den Cessionar mit dem Augenblicke der Abtretung der Hauptforderung mit als übergegangen erachtet werden könne, ist zu vergl. §. 969 des B.G.B., Abs. 4 und Siegmann, i. d. Annalen N. F. Bd. I, S. 461 ff. und namentlich S. 464, 465;

b. den Fall, wenn der Dritte, welcher eine fremde Schuld an den Gläubiger zahlt, vor oder bei der Zahlung sich die Abtretung der Forderung an den Schuldner ausdrücklich vorbehält. Auch hier soll dieses Forderungsrecht ipso jure auf den Dritten (den Zahlenden) übergehen. Beide Fälle (a. und b.) lassen sich jedoch, insofern in ihnen immer wieder der Uebergang der Forderung auf den, wenn auch nur factisch erklärten, oder doch vorauszusetzenden Willen des Gläubigers zurückzuführen ist, im Sinne der gemeinrechtlichen Terminologie auch als Fälle der sogenannten c e s s i o t a c i t a bezeichnen, während die Mehrzahl der gemeinrechtlich unter den ipso jure Erwerb der Forderung zu rechnenden Fälle unter der oben erwähnten Kategorie sub 1, b. sich wieder findet.

II. Gegenstand der Abtretung. Schon in unserer zeitherigen Gesetzgebung tritt

1. mehrfach die Tendenz hervor, die gemeinrechtlichen Beschränkungen der Cessibilität zu beseitigen. Hierher gehört:

a. die lex Anastasiana, welche schon durch dec. 28 von 1661 wesentlich modificirt war, bis durch Gesetz vom 9. Januar 1838 ihre gänzliche Aufhebung ausgesprochen wurde.

b. Ebenso sind die Beschränkungen der Cessionen zwischen Juden und Christen, rücksichtlich deren das bekannte reichsgesetzliche Verbot bereits durch Decisivbefehl vom 5. November 1715 ausser Kraft gesetzt worden war, durch das Gesetz vom 13. Februar 1840 auch insoweit wieder beseitigt worden, als sie auf unserem Sächsischen Mandate vom 1. August 1811 beruheten.

c. Nach dem Vorgange Leysers in seinen meditationes ad pandectas spec. DXVIII. ad lib. XLIV tit. 6, de litigiosis, 1, ist auch die Abtretung rechtshängiger Forderungen — d. h also die Abtretung seiten des klagenden Gläubigers während der Dauer des Processes an einen Dritten im Gegensatze zu dem, hiermit nicht zu verwechselnden, den Beklagten treffenden Verbote der Veräusserung einer res litigiosa — bei uns von jeher als vollkommen zulässig angesehen worden (cf. Zeitschrift f. Rechtspfl. Bd. XXIII. S. 342 —). Umgekehrt hatte aber auch unser früheres Recht

2. einzelne Beschränkungen der Cessionsfreiheit neu eingeführt, beziehentlich das gemeine Recht insoweit wenigstens modificirt.

Hierher gehört:

a. das Verbot der Cession einer gegen den Mündel gehenden Forderung an den Vormund, insofern die Allgemeine Vormundschaftsordnung cap. XV.

§. 16 dem Vormunde, welcher sich auch auf eine solche Cession einlässt, Verlust der gesammten Forderung androht;

b. das Verbot des Ankaufes, d. h. hier überhaupt des entgeltlichen Ansichbringens einer einzuklagenden Forderung durch den Sachwalter (Erl. Processordnung ad tit. III, 1. — Advocatenordnung vom 3. Juni 1859, §. 25);

c. das Verbot der öffentlichen Verauctionirung von Forderungen mit Ausschluss der auf ausländischen Staatspapieren beruhenden (Ges. v. 9. Jan. 1838, §. 5).

Das Gesetzbuch lässt zwar die zuletzt (b und c) erwähnten Verbote, als auf dem öffentlichen Rechte beruhend unberührt, im Uebrigen aber hält es in §. 964 die Cessionsfreiheit fast als ausnahmslose Regel fest. Insbesondere ist auch das Verbot der Cession an den Vormund in dem obigen Falle (a) nach §. 1909 als aufgehoben zu betrachten, und es bleibt somit für das Gesetzbuch nur noch das in der Sache selbst liegende Verbot der §§. 965 und 966 übrig.

§. 110. III. Wirkung der Abtretung.

Man hat hier

1. die Wirkungen zwischen dem Cedenten und Cessionar und

2. das Rechtsverhältniss Beider zu dem debitor cessus auseinander zu halten.

Zu 1. Es ist im Gesetzbuche mit voller Deutlichkeit der Gedanke ausgesprochen, dass durch die Abtretung der Vermögensinhalt des Forderungsrechtes selbst und nicht bloss dessen Ausübung auf den Cessionar übertragen werde, die Forderung also aus dem Vermögen des Cedenten mit dem Augenblicke ausscheide,

wo die Abtretung nach dem oben im vorigen Paragraphen ad I. Bemerkten als geschehen zu betrachten ist (§. 962 verb. m. §§. 968, 969 des B.G.B.). Die in den Motiven zu diesen Paragraphen sich findende protestirende Bemerkung gegen eine etwa beabsichtigte Adoption der Theorie der Singularsuccession in die Forderung stehet dem nicht entgegen, sondern bezieht sich nur auf den nachfolgenden Punkt unter 2. Hieraus folgt, dass nicht bloss der Cedent, wenn er nach der Cession den Forderungsbetrag selbst noch einhebt, oder den Schuldner sonst liberirt, dem Cessionar für das volle id quod interest aufzukommen hat, sondern dass auch im Falle einer mehrmaligen Abtretung derselben Forderung an verschiedene Personen unter den verschiedenen Cessionaren an sich die Priorität der Cession entscheidet, hier jedoch mit der zu Gunsten des späteren gutgläubigen Cessionars gemachten Ausnahme, dass dieser zur Herausgabe des bona fide eingehobenen Forderungsbetrages von dem früheren Cessionar nicht genöthigt werden kann, letzterer vielmehr in einem solchen Falle lediglich auf seinen Regressanspruch an den Cedenten verwiesen ist (§. 968 verb. m. §. 973 des B.G.B.).

Im Uebrigen bleibt es bei dem gemeinrechtlichen Satze, dass der Cedent nur für die Verität, nicht für die Bonität des nomen zu haften habe (§. 971 des B.G.B.); es werden jedoch für den Fall einer entgeltlichen Cession auf diese Haftung die Grundsätze über Evictionsleistung (oben §. 108) dergestalt angewandt, dass der Cessionar, welchem das abgetretene Forderungsrecht von einem Dritten mit Erfolg abgestritten wurde, um sich seinen Regress gegen den Cedenten zu wahren, nicht bloss demselben rechtzeitig litem zu denunciren hat, sondern auch mit seinem Regressanspruche der für Evictionsansprüche überhaupt eingeführten kurzen (dreijährigen) Verjährung unterliegt. Zinsrückstände sind übrigens im Zweifel nur insoweit

als unter der Cession mit begriffen zu denken, als sie nicht auf besonderer Klage beruhen. Endlich ist der Cedent auch ohne besondre Zusage seinem Cessionar zur Mittheilung der auf die Forderung bezüglichen Beweismittel, sowie zur Ausstellung einer schriftlichen Cessionsurkunde verbunden, zu einer dergleichen gerichtlichen aber nur dann, wenn schon die abgetretene Forderung selbst auf einem documentum publicum beruhete (§. 970 des B.G.B.).

Zu 2. Was die Wirkungen der Cession gegenüber dem debitor cessus anlangt, so ist der Standpunkt des Gesetzbuches im Allgemeinen der, dass der Debitor bis zu einer ordnungsmässig erfolgten Denunciation zwar nicht verpflichtet ist, die Cession wider sich gelten zu lassen, wohl aber berechtigt erscheint, wenn er auch nur auf anderem Wege Kenntniss von ihr erlangt haben sollte, zu seinem Vortheile auf dieselbe sich zu berufen; so kann er z. B. also dem wider ihn noch klagend auftretenden Cedenten darauf hin die erforderliche Sachlegitimation streitig machen oder bei einer noch vor Denuncirung der Cession etwa erfolgten Rückcession oder Weitercession der Forderung dennoch aus der Person des Cessionars, resp. der Zwischencessionare dem nunmehrigen Inhaber der Forderung gegenüber mit Erfolg excipiren, während nach zeitheriger Auffassung die Cession bis zu deren Anzeige an den Cessus für diesen als res inter alios acta zu gelten hatte, aus der er weder Rechte ableiten, noch verpflichtet werden konnte. Eine besondere Form ist für die Denunciation an den Cessus auch jetzt nicht vorgeschrieben, und nur die zeitherige Streitfrage, von wem dieselbe auszugehen habe (cf. Arndts Pand. §. 256, Anm. 1), dahin entschieden, dass dieselbe ebensowohl durch den Cessionar, als durch den Cedenten, als auch endlich durch das Gericht erfolgen könne (§. 972 des B.G.B.); jedoch darf der Cessus ersteren Falles von dem Cessio-

nar fordern, dass er ihm die erfolgte Cession nachweise (§. 974 des B G.B.), wenn auch dabei nicht immer und nothwendig an einen urkundlichen Nachweis zu denken ist. Soviel übrigens die von dem debitor cessus dem neuen Gläubiger aus der Person des Cedenten entgegen zu stellenden Einreden anlangt, so wird in den hier einschlagenden §§. 972, 975 anscheinend je nach Verschiedenheit der Ausflüchte ein dreifacher Zeitpunkt unterschieden, bis wohin die Exception entstanden sein müsse, um dem Cessionar gegenüber auf Beachtlichkeit Anspruch machen zu können: einmal als allgemeine, für Ausflüchte jeder Art geltende Regel, die Zeit der Abtretung (§. 975. Abs. 1.), — sodann für die Ausflucht der Compensation die Zeit, wo der Cessus von der erfolgten Abtretung, gleichviel, ob im Wege förmlicher Denunciation oder sonst, Kenntniss erhielt (§. 975 des B.G.B., Abs. 2.), endlich (in §. 972 des B.G.B.) für die dort speciell gedachten Arten von Ausflüchten der Zeitpunct der Denunciation selbst.

Es erscheint jedoch bedenklich, dem §. 975 des B.G.B., Abs. 1. überhaupt eine ausschliessende Tendenz in dem Sinne unterzulegen, als ob in der Regel nur die zur Zeit der Abtretung bereits vorhandenen Einreden ex persona cedentis für den Cessus benützbar seien, da solches im Vergleich zu den im §. 972 des B G.B. vorgeschriebenen Fällen zu der befremdenden Consequenz führen würde, dass der Cessus z. B. zwar eine in die Zwischenzeit zwischen die Cession und der ordnungsmässigen Denunciation gegen den Cedens erworbene Einrede des vollständigen Erlasses mit Erfolg wider den Cessionar nachmals vorschützen, auf eine während dieses Zeitraumes ihm von dem Cedens ertheilte blosse Gestundung dagegen sich gegen den Cessionar selbst dann nicht berufen könnte, wenn er auch bei der Erwirkung der Gestundung über die erfolgte Cession sich noch vollstän-

dig in Unkenntniss befunden haben sollte. Das Richtige dürfte daher sein, die gedachte Bestimmung in §. 975, Abs. 1. überhaupt nur von dem allgemeinen Grundsatze zu verstehen, dass in jedem Falle das abgetretene Forderungsrecht nur in dem Umfange und in der Beschaffenheit, wie solches dem Cedenten zustand, also auch mit allen ihm etwa anhaftenden Mängeln auf den Cessionar übergehen könne, ohne dass damit gesagt sein soll, dass alle später bis zur Denunciation entstandenen exceptivischen Thatsachen, soweit sie nicht etwa unter Abs. 2. des §. 975, oder unter die geschlossene Zahl des §. 972 fielen, schlechthin ausser Betracht zu bleiben hätten.

Ebenso ist wohl unzweifelhaft der in §. 975, Abs. 2. gebrauchte Ausdruck „Kenntniss erhielt" von einer den Cessus verpflichtenden, d. h. durch vorausgegangene Denunciation begründeten Kenntniss zu verstehen und das Verhältniss dieser Bestimmung zu der im §. 972 ist dann das, dass der Cessus Gegenforderungen, welche ihm in der Zwischenzeit zwischen der Abtretung und der Denunciation gegen den Cedenten erwuchsen, nicht bloss dann wider den Cessionar erfolgreich benützen könne, wenn er sie noch vor der Denunciation, wenn auch einseitig, gegen den Cedens in Aufrechnung bringen zu wollen erklärt hat (was schon aus den Schlussworten des §. 972 folgen würde), sondern auch dann, wenn wenigstens die Voraussetzungen der Compensabilität bis zur Denunciation vollständig eingetreten waren. Der Hauptfall der gemeinrechtlichen Controverse übrigens, ob der debitor cessus auch die ausschliesslich mit der Person des Cedenten zusammenhängenden Einreden gegen den Cessionar gebrauchen könne, hat sich durch Beseitigung des beneficium competentiae im Gesetzbuche erledigt (Arndts Pandecten §. 256 a. E.).

5. Abschnitt: Erlöschung der Forderungen.

§. 111. I. Durch Zahlung.

A. Auch derjenige Schuldner, welcher sonst über sein Vermögen nicht frei verfügen kann, kann doch eine gültige Zahlung vornehmen, d. h. der gesetzliche Vertreter des Zahlenden ist dieselbe nur insoweit anzufechten berechtigt, als dadurch der Gläubiger der Zeit oder dem Gegenstande nach mehr empfing, als ihm gebührte (§. 689 des B.G.B.), während umgekehrt die Zahlung an den nicht dispositionsberechtigten Gläubiger der Regel nach und abgesehen von dem Falle einer vorhandenen Bereicherung den Schuldner nur dann liberirt, wenn sie der gesetzliche Vertreter des Gläubigers ausdrücklich oder factisch ratihabirt (§. 693 des B.G.B.).

B. Neben dem Grundsatze, dass dem Gläubiger Theilzahlungen nicht aufgenöthigt werden können (§. 695 des B.G.B.), steht noch der, dass derselbe nicht verpflichtet ist, Zahlungen auf eine Hauptforderung anzunehmen, so lange noch Zinsen und Kostenrückstände davon vorhanden sind (§. 977 des B.G.B. a. E.), was jedenfalls für die Fälle von Bedeutung ist, wo die Zinsen auf besonderer Klage beruhen, also streng genommen eine Mehrheit von Forderungen in Frage steht. Im Concurse zu des Schuldners Vermögen gilt nach der Erl. Processordnung ad tit. XLI §. 6. zwar theilweise Besonderes, aber auch hier soll nach dem Decisiv-Rescripte vom 7. Juni 1826 verb. m. Bekanntm. des O.A.G. vom 5. Januar 1839 der Concursrichter nicht das Recht haben, etwaige Abschlagszahlungen einseitig zunächst auf die Hauptstammforderung anzurechnen, soweit die Zinsen mit dem Capitale gleiche Priorität geniessen, vielmehr umgekehrt auf Verlangen des Gläubigers die Zahlung auch hier zunächst auf die Zinsen gekürzt werden. Ueber die abweichende Ansicht

der älteren Rechtslehrer in dieser Beziehung zu vergl. Reinhard, Ordnung der Gläubiger §§. 197 ff. —

Im Uebrigen erscheinen die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Art der Abrechnung einer eine vorhandene Mehrheit von Schuldforderungen nicht vollständig deckenden Zahlung durch §§. 978 ff. insofern einigermassen modificirt, als darnach der Schuldner, wenn er nicht selbst bei der Zahlung derjenigen Posten, auf welche er dieselbe abgerechnet wissen wolle, bezeichnet hatte, an die von dem Gläubiger beim Zahlungsempfange oder in der auszustellenden Quittung einseitig getroffene Bestimmung unbedingt gebunden sein soll, dafern er nicht sofort widerspricht, so dass die in §§ 979, 980 angegebene Reihenfolge für den erkennenden Richter nur dann als Anhalt zu dienen haben wird, wenn nicht auf die eine oder andere Weise ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständniss zwischen den Solutionsinteressenten erzielt worden ist.

C. Die Verpflichtung des befriedigten Gläubigers zur Ertheilung einer Quittung ist mit alleiniger Ausnahme der sofortigen Bezahlung im Kleinhandel (§. 983. des B.G.B.) ganz allgemein anerkannt, in einzelnen Fällen sogar mit der Steigerung bis zur Ausstellung gerichtlicher Quittung (§. 981. a. E. und §. 984 des B.G.B.). Zugleich sind aber auch die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Beweiskraft einer Quittung, wonach man auch bei uns bisher eine binnen 30 Tagen nicht revocirte Quittung in der Regel für unbedingt beweisend erachtete (zu vergl. Wochenbl. 1852, S. 7), stillschweigend beseitigt, so dass fortan eine Quittung alsbald mit der Aushändigung an den Zahlenden einerseits zwar vollen Beweis liefert, andererseits aber auch dem Aussteller den dawider zu führenden Gegenbeweis der Nichtzahlung offen erhält. Dabei ist man jedoch absichtlich und mit ausdrücklicher Beiseitesetzung einer anfänglich in dem Entwurfe aufge-

nommenen entgegengesetzten Vorschrift nicht soweit gegangen, dem Schuldner bis zur Quittungsaushändigung ein Zurückhaltungsrecht an dem Solutionsbetrage einzuräumen (wie ihm solches z. B. nach der Fassung des Art. 39 der Wechselordnung bei Wechselzahlungen allerdings zukommt); vielmehr ist die Verpflichtung zur Quittungsausstellung ähnlich wie die zur Rückgabe des wegen der Schuld bestellten Faustpfandes als eine erst durch die Zahlung selbst entstehende aufzufassen.

D. Die aus der Rückgabe des Schuldscheines durch den Gläubiger abzuleitende Rechtsvermuthung für die erfolgte Tilgung der Schuld ist im §. 982. des B.G.B. beibehalten, ebenso wie die auch noch im Gesetze vom 23. Juli 1846 §. 4 auf Grund der nachgewiesenen Zahlung dreier auf einander folgender Jahrestermine aufgestellte Präsumtion für die Bezahlung älterer Rückstände fortlaufender Leistungen, die letztere Vermuthung jedoch mit der doppelten Modification, dass es nicht weiter des Nachweises der Abführung der während dreier auf einander folgenden Jahre verfallenen Leistungen bedürfe, sondern schon die nachgewiesene Tilgung dreier auf einander folgenden Termine, also auch dann genügt, wenn die Prästation in kürzeren als jährlichen Zeiträumen fällig wird, und dass dieser Nachweis nicht schlechterdings mehr durch Quittung geführt zu werden braucht, sondern auch jeder andere Beweismodus diese Wirkung erzeugt (§. 985 des B.G.B.). —

Endlich ist durch §. 986 des B.G.B. eine neue Präsumtion noch insofern hinzugefügt, als durch die erwiesene Tilgung der Hauptstammforderung eine Vermuthung für die Abführung der davon zu berechnenden Zinsen (und zwar gleichviel, ob versprochener oder gesetzlicher) begründet werden soll, sobald sich nicht der Gläubiger beim Zahlungsempfange erweislich einen geeigneten Vorbehalt deshalb gemacht hat. Gehören diese Zinsen zu

der Gattung derer, die nicht auf selbständiger Klage beruhen, so bedarf es wie nach gemeinem Rechte eines solchen Vorbehaltes zugleich zu dem weiteren Zwecke, um das Forderungsrecht selbst zu erhalten.

§. 112. Fortsetzung. Erlöschung der Forderung aus anderen Gründen.

II. Aufrechnung (compensatio).

Den Satz: compensatio fit ipso jure fasst das Gesetzbuch dahin auf, dass mit Eintritt der Compensationsvoraussetzungen (Gleichartigkeit und Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen) zwar das Forderungsrecht, d. h. das Recht auf Compensation sich berufen zu können, für jeden der beiden Forderungsinteressenten ohne Weiteres entsteht, dass aber die Erlöschungswirkung erst noch von einer besonderen Willenserklärung seiten des einen oder anderen Gläubigers, dass er compensiren wolle (gleichviel übrigens ob gerichtlich oder aussergerichtlich) abhängt; freilich dergestalt, dass mit Erfolg dieser Erklärung die Erlöschungswirkung auf den Zeitpunct des Eintrittes der Compensationsvoraussetzungen zurückzubeziehen ist. Hervorzuheben ist noch:

a. dass entgegen der zeither in unserer Praxis herrschenden verneinenden Ansicht (Zeitschrift für Rechtspfl. XIII. S. 262, Annalen des O.A G. Bd. VII. der A. F. S. 192, 194.) nach §. 991 des B.G B. beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch Forderungen zur Compensation benutzbar sein sollen, welche erst noch auf Rechnungsablegung beruhen (z. B. also Forderungen aus einem Mandats- oder Societätsverhältnisse u. s. f.*). Von selbst versteht sich jedoch, dass auch künftig eine blosse Provocation auf Rechnungslegung seiten des Klägers für den

*) Andernfalls würde diese Compensationseinrede in den meisten Fällen auf eine blosse Retentionseinrede hinauslaufen.

Beklagten zur Begründung der Compensationseinrede im Processe in keinem Falle hinreicht, und dass daher der die Einrede vorschützende Beklagte mit einem dergleichen Anspruche in der Regel auch in Zukunft nur dann gehört zu werden erwarten darf, wenn er entweder mit der Einrede selbst die erforderliche Rechnungslegung sofort verbindet, oder die von dem anderen Theile etwa schon früher gelegte Rechnung mit seinen dagegen zu ziehenden Erinnerungen beibringt, vorbehältlich immer des Rechts des erkennenden Richters, den Anspruch nöthigenfalls zur Einleitung förmlichen Rechnungsprocesses zu verweisen;

b. dass die Compensabilität bei sonstiger Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen nicht auf Sach- und Geldleistungen beschränkt ist, sondern auch für Forderungen anerkannt wird, welche beiderseits auf gleichartige Sachen oder Handlungen gehen (§. 997 des B.G.B.);

c. über Benutzbarkeit verjährter Forderungen zur Compensation ist zu vergl. das oben §. 41, I. a. E. Gesagte. —

III. Aufhebender Vertrag (novatio).

Unter dieser gemeinschaftlichen Rubrik begreift das Gesetzbuch folgende verschiedene Rechtsgeschäfte:

a. Den einfachen Verzicht (Schulderlass), für den es aber, um ihn zu einem bindenden zu machen, Acceptation seiten des Verpflichteten fordert (§. 998 verb. m. §§. 134, 135 des B.G.B.).

b. Den auflösenden Vertrag (mutuus dissensus), und zwar mit einer rein negativen Wirkung, so lange der aufzulösende Vertrag noch nicht erfüllt ist, im entgegengesetzten Falle mit der Bedeutung der Begründung einer neuen Forderung auf Rückgabe des aus dem Vertrage bereits Geleisteten (§. 1000 der B.G.B.).

c. Den einfachen Neuerungsvertrag (novatio), wo die an die Stelle der früheren zu setzende neue For-

derung unter denselben Personen begründet werden soll (§. 1001 des B.G.B.).

d. Die **Expromission**, wenn an die Stelle des bisherigen aus dem Obligationsnexus ausscheidenden Schuldners ein neuer eintritt, wobei es, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen nur der Uebereinkunft zwischen dem Gläubiger und dem Expromittenten, nicht aber der Concurrenz des aus dem Obligationsverhältnisse zu entlassenden Schuldners bedarf (§. 1003 des B.G.B. Abs. 1 u. 2); endlich

e. **Delegation**, und zwar active (§. 1002 des B.G.B.) und passive (§. 1003. Abs. 3) nach Befinden mit dem Nebenzwecke, dass im ersteren Falle zugleich eine Schuld des delegirenden Gläubigers an den Delegatar, im zweiten Falle eine Schuld des Delegirten an den Delegirenden getilgt werde (§. 1004 des B.G.B.).

In den Fällen sub c. d. e. gehet die bisherige obligatio mit allen Nebenrechten und ihr anhaftenden Exceptionen unter (§. 1005 des B.G.B.), vorausgesetzt, dass sich der Novationswille der Paciscenten, sei es mit ausdrücklichen Worten oder wenigstens factisch, mit genügender Deutlichkeit ausspricht (§. 1001 des B.G.B. a. E.). In letzterer Beziehung war zwar durch dec. 66 von 1661 die strengere Meinung derer, namentlich Carpzovs, gebilligt worden, welche die l. 8. C. de novat. VIII, 42 (41) nur von einem verbis expressis kund gegebenen animus novandi verstanden wissen wollten. Schon der Commentator der Decision, Gottschalk, in seinen analecta etc., cap. XII. S. 309 ff. liess jedoch für gewisse Fälle, nämlich für die einer völligen Unvereinbarkeit der neuen Vertragsberedung mit der früheren Festsetzung die Möglichkeit einer sogenannten novatio tacita nach, und noch mehr hat es sich die spätere Praxis angelegen sein lassen, die inmittelst herrschend gewordene richtigere gemeinrechtliche Ansicht über den Sinn jener Justinianeischen Consti-

tution mit den Worten der Decision, wenn auch vielleicht auf etwas gewaltsamem Wege, in Einklang zu bringen.

IV. Unmöglichkeit der Leistung und Wegfall des Inhaltes der Forderung (§§. 1009—1015 des B.G.B.).

Hierüber vergl. das oben §. 103, III. Gesagte.

V. Verjährung als Erlöschungsgrund.

Zu vergl. das oben §. 41 Dargestellte.

6. Abschnitt Gesammtschuldverhältnisse.

§. 113.

In dieser Lehre sind die Begriffe von Correal- und Solidarobligation dergestalt mit einander verschmolzen, dass unter Aufgebung der bisherigen Unterscheidung in allen hierher gehörigen Fällen immer so viel einzelne Obligationen angenommen werden, als correi credendi oder debendi vorhanden sind. Wenn daher gleichzeitig mehrere Gläubiger und mehrere Schuldner einander gegenüber stehen, so werden so viele einzelne Schuldverhältnisse anzunehmen sein, als sich bei einer Multiplicirung der Zahl der Gläubiger mit der Zahl der Schuldner ergiebt. Ihren gemeinschaftlichen Berührungspunct finden diese einzelnen Obligationen nur noch darin, dass die auf den obigen Bestand der Obligation zurückwirkenden Thatsachen allen Gesammtgläubigern gegenüber wirken, und andererseits allen Gesammtschuldnern gegenüber beziehentlich von allen geltend gemacht werden können, während die nur subjectiven Beziehungen, die eine Veränderung oder Erlöschung des Forderungsrechts an sich herbeizuführen geeignet sind, in ihren diesfallsigen Wirkungen immer nur auf diejenigen Forderungsinteressenten beschränkt bleiben, in deren Person sie eingetreten sind. Daher kommt

1. weder der Verzug des einen Gesammtgläubigers

resp. Gesammtschuldners (§. 1025 des B.G.B.), noch der von einem Gläubiger oder dem einen Schuldner verwilligte Schulderlass (§. 1030 des B.G.B.), noch das zwischen einzelnen von ihnen ergangene rechtskräftige Erkenntniss (§. 1032 des B.G.B., vergl. übrigens noch das oben §. 43 Gesagte), noch endlich die gegen einen Gesammtgläubiger oder für einen Gesammtschuldner eingetretene Verjährung, resp. deren Unterbrechung (§§. 1034, 1035 des B.G.B.) den übrigen Gläubigern resp. Schuldnern gegenüber in Betracht. Andererseits wird

2. durch die auch nur dem einen Gläubiger gegenüber oder nur von einem Schuldner bewirkte Erfüllung der Forderung die letztere auch den übrigen correis credendi und debendi gegenüber aufgehoben (§. 1026 des B.G.B.). Der Erfüllung ist insoweit die mit einem Gesammt-Gläubiger oder von einem Gesammt-Schuldner bewirkte Compensation, sowie ein von einem Gläubiger resp. Schuldner mit dem Andern eingegangener Neuerungsvertrag gleichgestellt (§§. 1027, 1028 des B.G.B.). Ebenso wird man hierher die Fälle der gerichtlichen Deposition durch einen Schuldner, soweit derselben die Wirkung der solutio überhaupt zukommt (zu vergl. oben §. 102), rechnen dürfen, während

3. sowohl bei dem Vergleiche über die Forderung als bei eintretender Unmöglichkeit der Leistung nach §§. 1029 u. 1031 des B.G.B. unterschieden wird, ob ersterer der Sache nach eine Erfüllung enthält, beziehentlich ob sich die Unmöglichkeit nur auf den einen Gesammt-Gläubiger oder Gesammt-Schuldner beziehe oder nicht, wo dann je nach Verschiedenheit der Fälle entweder die Grundsätze ad 1 oder die ad 2 eintreten. Uebrigens steht

4. den mehreren correis debendi weder das beneficium divisionis noch nach der von einem Einzelnen bewirkten Erfüllung diesem an sich ein Regressrecht gegen die

Uebrigen zu, dafern nicht besondere, ein Anderes bedingende, Rechtsverhältnisse im einzelnen Falle vorliegen (§. 1036 des B.G.B.).

Wegen des Surrogates für das gleichfalls weggefallene beneficium cedendarum actionum, welches §. 955 des B.G.B. gewährt, ist zu vergleichen das oben §. 109, I. b. Gesagte.

II. Abtheilung.

Von den einzelnen Arten der Forderungen.

1. Abschnitt. Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

§. 114. Schenkungen.

Siebenhaar in Ann. N. F. Bd. II, S. 193 ff.

I. Ungeachtet der Stellung der Lehre hier an der Spitze des speciellen Theiles der Forderungsrechte kann natürlich die Anwendung der diesfallsigen Vorschriften bei der Allgemeinheit ihrer Tendenz auf Rechtsverhältnisse der verschiedensten Art auch bei uns keinen Anstand finden. Festzuhalten ist für den Begriff der Schenkung als wesentlich die aus Liberalität bezweckte Bereicherung des Beschenkten, und die anscheinend entgegenstehende Acusserung in den Motiven zu §. 1049 des B.G.B., soweit sie überhaupt nicht etwa bloss auf den thatsächlichen Erfolg des im einzelnen Falle fraglichen Rechtsgeschäftes nach seiner Realisirung zu beziehen sein sollte, findet weder in den dafür angeführten Beispielen (Schenkung einer fremden Sache *) oder Er-

*) Denn diese verschafft dem Beschenkten bis zur Entwährung wenigstens Besitz und Genuss und unter Umständen einen Usucapionstitel.

kaufung eines Titels für einen Andern) ausreichende Rechtfertigung, noch entspricht sie den in §§ 1050 bis 1052 des B.G.B. enthaltenen Exemplificationen. Dagegen ist eine der Bereicherung correspondirende Vermögensaufopferung von der anderen Seite allerdings keineswegs als nothwendiges Requisit der Schenkung anzuerkennen, und gerade auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieses letzteren die für die richtige Anwendung der Formvorschriften in §§. 1056 ff. des B.G.B. wichtige Unterscheidung zwischen Schenkung im engeren und weiteren Sinne zurückzuführen. Hinsichtlich der Frage, inwieweit zur Perfection der Schenkung Annahme der Sache seiten des Beschenkten nothwendig sei, folgt das Gesetzbuch der wenn auch nicht herrschenden, doch von vielen gemeinrechtlichen Schriftstellern vertretenen Ansicht, wonach zwischen solchen Schenkungen, die auf Vertrag beruhen, und solchen, bei welchen dies nicht der Fall sei, unterschieden werden müsse (§. 1054 des B.G.B.). Bei denen der letzteren Art hat man an Fälle zu denken, wo das Vermögen eines Andern ohne dessen Wissen und Willen auch eine Bereicherung zugeführt erhalten kann, z. B. Zahlung einer fremden Schuld, wissentliche Zahlung einer Nichtschuld, negotiorum gestio u. s. w., vorausgesetzt natürlich hier überall, dass bei dergleichen Verfügungen Schenkungsabsicht im einzelnen Falle das leitende Motiv war. Umgekehrt gehört zu der vertragsmässigen Schenkung im Sinne des §. 1054 des B.G.B. nicht bloss das Schenkungsversprechen, sondern auch die weitere grosse Classe von Fällen, wo die beabsichtigte Vermögenszuwendung sofort durch Uebergabe des Schenkungsobjectes, durch Bestellung des einzuräumenden Rechtes, durch Vollzug der Cession, durch Schulderlass u. s. f. alsbald realisirt wird. Ueber die jetzt ausnahmslose Durchführung des Principes der Nothwendigkeit der Acceptation in diesen letzteren Fällen im Vergleiche zu

unserem zeitherigen Rechte sehe man das oben §§. 30, II., 2 und 104, I. Bemerkte.

Ueber die beschränkte Haftung des Schenkers in Fällen der vorliegenden Art für etwaige physische oder juristische Fehler der geschenkten Sache zu vergl. oben §§. 107, 108 und über das eventuell von dem Schenker zu gewährende Verzugsinteresse oben §. 101 B.

II. Als Fälle einer verbotenen Schenkung kennt das Gesetzbuch nicht bloss:

a. die Schenkungen unter Ehegatten (Näheres im Familienrechte), sondern auch

b. als einen neu hinzugekommenen Fall den der donatio omnium bonorum, indem im §. 1053 des B.G.B. diejenige Schenkung, wo Jemand sein eigenes Vermögen ganz oder zu einem ideellen Theile verschenkt, schlechthin für nichtig erklärt wird, und zwar ohne die bei der Bestellung des usus fructus omnium bonorum gemachte Unterscheidung zwischen gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen (zu vgl. oben §. 93).

III. Die Formvorschriften rücksichtlich der übermässigen Schenkungen sind dem Principe nach nicht nur aufrecht erhalten, sondern im Vergleiche zu unserem zeitherigen Rechte sogar noch erweitert. Ueber letzteres ist zu vergleichen Haubold, Lehrbuch §. 294, zu welchem nur zu bemerken, dass die dort vorgetragene Ansicht, dass bei Schenkungen von Immobilien jederzeit und ohne Rücksicht auf ihren Werth Gerichtlichkeit der Schenkung erfordert werde, auf einer irrigen Auslegung der const. 12, pte. II, welche von dem Falle der Vergabung der sogenannten Erbstammgüter handelt, theils wohl auch auf einer Verwechselung der für die Rechtsbeständigkeit der Schenkung an sich erforderlichen Solennität mit der lediglich für die Erlangung des Eigenthumes am geschenkten Grundstücke schon nach älterem Rechte (abgesehen von

dem Falle des Naturaleigenthums) wesentlichen richterlichen Mitwirkung beruhet.

Das Gesetzbuch hat das Mass dessen, was ohne besondere Form verschenkt werden darf, in §§. 1056 ff. auf einen Werth von 1000 Thalern, resp. bei auf unbestimmte Zeit wiederkehrenden Leistungen auf den Betrag von 50 Thalern jährlich normirt. Darüber hinaus ist bei Vermeidung der Nichtgültigkeit die Formbeobachtung nöthig, so dass die auf Grund einer solchergestalt nichtigen Schenkung erfolgte Tradition körperlicher Sachen quoad partem concurrentem selbst nichtig, also zur Uebertragung von Eigenthum auf den Beschenkten ungeeignet erscheint. Dabei ist für die Art der Formbeobachtung selbst schlechthin Gerichtlichkeit des abzuschliessenden Geschäfts, jedoch wahlweise dergestalt vorgeschrieben, dass entweder das Schenkungsgeschäft selbst vor Gericht zu Protocoll erklärt, oder gerichtliche Bestätigung für dasselbe ausgewirkt werden kann. Die blosse Ueberreichung der aussergerichtlich aufgesetzten Schenkungsurkunde bei Gericht und deren gerichtliche Recognition, die nach zeitherigem Rechte von Vielen, z. B. Heimbach, in seinen und Ortloffs etc. juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen, Bd. I. S. 604 für ausreichend angesehen wurde, genügt also künftig nicht mehr. Eine besondere Zuständigkeit der betreffenden Behörde wird dagegen wie bisher, so auch in Zukunft nicht zu erfordern sein, nur muss dieselbe zu der Classe der richterlichen Behörden gehören. Der ausgesprochene Zweck der Aufstellung dieser Form ist nach den speciellen Motiven lediglich noch der, den Schenker vor leichtsinniger Vermögenszersplitterung zu bewahren; weshalb denn auch dieselbe trotz der Allgemeinheit der Vorschrift in §§. 1056 ff. nur auf solche Schenkungen, welche mit einer wirklichen Vermögensverringerung auf Seiten des Schenkers verbunden sind, (also Schenkungen i. e. S. zu vgl. oben unter I.) zu beziehen ist, dann aber auch

nicht bloss auf die Fälle der vertragsmässigen Schenkung. Soviel übrigens die Verschenkung von Immobilien anlangt, so bedingt die hier concurrirende zweite Formvorschrift des §. 822 des B.G.B. (zu vgl. oben §. 105) auch jetzt noch nicht etwa eine Rückkehr zu der obigen Haubold'schen Ansicht, da §. 822 des B.G.B. nicht schlechthin Gerichtlichkeit, sondern diese nur wahlweise mit aussergerichtlicher Schriftlichkeit des Geschäftsabschlusses vorgeschrieben hat. Die Ausnahmefälle, in welchen es dieser Formbeobachtung nicht bedürfen soll, sind im Vergleiche zu früher nicht unbeträchtlich reducirt, insofern

a. der Erlass einer Schuldforderung, welcher von unserem zeitherigen Gerichtsbrauche selbst bei noch so hohem Betrage der erlassenen Forderung nicht als den Insinuationserfordernissen unterworfen betrachtet wurde (Ztschr. für Rtspfl. N. F. Bd. VII. S. 431), bei der Allgemeinheit der Vorschrift in §. 1056 verb. m. §. 1054 künftig insoweit den übrigen Schenkungen ganz gleich behandelt werden muss. Diese Ansicht wurde übrigens schon für das zeitherige Recht von Langenn in seinen und Kori's Erörterungen, Bd. I. Erört. 7. N. Aufl. gegen die abweichende Bergersche Meinung (Oecon. jur. II, 2, thes. 28, pag. 296) vertheidigt;

b. insofern für die remuneratorischen Schenkungen, die man bisher bei uns im Allgemeinen von jener Form dispensirte (Wochenbl. 1847, 212 ff.) diese exemte Stellung nur in dem einen schon gemeinrechtlichen Falle noch beibehalten worden ist, wenn die Schenkung für eine Lebensrettung gemacht wurde (§. 1064 des B.G.B.), während es im Uebrigen, dafern geleistete Dienste anderer Art dadurch vergolten werden sollen, auf eine Abschätzung des Werthes dieser Dienste und eine Vergleichung dieses Werthes mit dem Schenkungswerthe ankommt.*)

---

*) Unschätzbare Dienste bleiben also ausser Veranschlagung.

c. insofern die übrigen gemeinrechtlichen Ausnahmen z. B. Schenkung an eine pia causa oder Schenkung an den Landesherrn stillschweigend beseitigt worden sind, während umgekehrt die auf dem Hausgesetze vom 30. Decbr. 1837 §. 58 beruhende Exemtion zu Gunsten der Schenkungen des Landesherrn an Dritte natürlich auch künftig in Kraft bleibt.

IV. Anlangend das Widerrufsrecht des Schenkers wegen Undanks des Beschenkten, so bleibt dasselbe in §. 1059 des B.G.B. auf die gemeinrechtlichen Fälle beschränkt, und in §. 1061 des B.G.B. wird die bisherige Controverse, ob dasselbe auch gegen die Erben des Beschenkten ausgeübt werden könne, bejahend entschieden. Eigentlich neu ist sonach nur die Bestimmung, dass dasselbe, abgesehen von dem Falle, wenn der Schenker noch selbst bei Lebzeiten davon Gebrauch machen zu wollen ernstlich erklärt hat (actio praeparata des gemeinen Rechts), auf die Erben des Schenkgebers auch dann übergehet, wenn dieser durch den Beschenkten vorsätzlich getödtet wurde (§. 1060 a. E. des B.G.B.), sowie dass es nach §. 1063 des B.G.B. binnen Jahresfrist a tempore scientiae verjährt.

§. 115. Vom Darlehn.

I. Der oben in § 104 auch für unsern heutigen Darlehnsvertrag festgehaltene Gesichtspunkt des Realvertrages tritt allerdings mit voller Schärfe zunächst nur bei dem unverzinslichen Darlehn hervor, insofern bei ihm trotz der allgemein lautenden Vorschrift der §§. 1068, 1069 ein Klagrecht des Darleihers gegen den andern Theil auf Empfangnahme der zwar verabredeten, aber noch nicht gezahlten Darlehnsumme wegen des ihm abgehenden rechtlichen Interesses mit Rücksicht auf die höher stehende

Bestimmung in §. 662 dennoch meist ausgeschlossen sein wird. Aber auch abgesehen hiervon spricht für die Richtigkeit der obigen Auffassung nach dem Standpunkte des Gesetzbuches nächst der Fassung des §. 1067 hauptsächlich auch der Umstand, dass nach §. 1070 für den Beginn der eigentlichen (d. h. nicht schon binnen Jahresfrist, wie nach §. 1069, sondern erst in 30 Jahren verjährbaren und darum im Vergleiche zu der Verpflichtung aus dem Vorvertrage des §. 1068 des B.G.B. als eine neue und selbständige anzusehenden) Darlehnsobligation an der gemeinrechtlichen Regel festgehalten wird, wonach diese erst mit dem Augenblicke ihren Anfang nimmt, wo der Empfänger Eigenthümer der hingegebenen vertretbaren Sachen wird, resp. wo er dieselben verbraucht; und nur dadurch erscheinen die gemeinrechtlichen Fälle nicht unbeträchtlich vermehrt, dass ihnen auch schon diejenigen gleichgestellt werden, wenn gegen den Empfänger die Eigenthumsklage seiten des Dritten nach §. 296 des B.G.B. ausgeschlossen ist (ob. §. 64 a. E. verb. m. §. 55 II, ad b., S. 200.).

Dass übrigens der Darlehnsgläubiger immer selbst Eigenthümer der hinzugebenden Summe oder sonstigen Quantität vertretbarer Sachen sein müsse, ist auch jetzt keineswegs unbedingt erforderlich, im Gegentheile kommt es, wie nach Römischem Rechte, für den Erwerb der Darlehnsforderung in der Regel nur darauf an, auf wessen Namen die Hingabe des Geldes oder der sonstigen Sache erfolgt, dergestalt jedoch, dass der Geber des Darlehns, wenn er nur unbeauftragter Geschäftsführer des als Darleiher genannten Dritten war, bei ausbleibender Ratihabition des letzteren dennoch selbst die Rechte eines Darleihers haben soll (§§. 1072, 1074 des B.G.B.).

II. So wenig wie nach Römischem Rechte wird natürlich auch bei uns durch Obiges die Füglichkeit ausgeschlossen, dass die Hingabe von Sachen durch verab-

redete Aufrechnung (compensatio) einer von dem Erborger dem Darleiher bereits aus einem andern Grunde geschuldeten Summe, d. h. also durch Neuerungsvertrag (zu vgl. oben §. 112, III.) ausnahmsweise ersetzt werden kann. Wohl aber folgt aus Vorstehendem, dass beim Mangel eines zu novirenden älteren Schuldverhältnisses, welches übrigens keineswegs nothwendig gerade zwischen dem Erborger und dem künftigen Darlehnsgläubiger selbst bestanden zu haben braucht, das blosse Versprechen, Jemandem eine gewisse Summe als Darlehn schulden zu wollen, an sich noch nicht eine Darlehnsobligation zu begründen vermag, sondern, wenn es überhaupt verbindliche Kraft haben soll, eventuell sich aus dem Gesichtspunkte einer Schenkung beurtheilen lassen muss, also namentlich auch eintretenden Falles der Formbeobachtung des vorigen §. 114, III unterliegen würde. Dagegen ändert das blosse Versprechen der Rückzahlung einer höheren als der wirklich dargeliehenen oder der per novationem in Darlehn verwandelten Schuldsumme die Natur des Geschäftes nicht, und ist auch vollkommen wirksam, da hierin der Sache nach nur die Zusage einer höheren, jetzt seit Gesetz vom 25. October 1864, bez. Bundesgesetz vom 14. November 1867 unbeschränkt erlaubten Verzinsung zu erblicken sein würde, und insoweit also nur die oben §. 97, II a. erwähnten Grundsätze eintreten müssten.

III. Neben dem regelmässigen Falle, wo der Erborger zur Erstattung einer gleichgrossen Geldsumme, beziehentlich sonstigen Quantität vertretbarer Sachen an den Darleiher verpflichtet wird, berührt das Gesetzbuch im §. 1081 auch den sogenannten contractus mohatrae, vermöge dessen der Darleiher statt des erbetenen baaren Geldes Sachen anderer Art zu einem gewissen, im Voraus veranschlagten Preise, welcher dereinst das Restitutionsobject bilden soll, dem Erborger gewährt. Während dieser Contract früherhin zu den schlechthin verbotenen Geschäften

gehörte (Torgauer Ausschr. tit. v. Wucher, Strafgesetzbuch v. 1855, Art. 342), erklärt ihn schon das Gesetzbuch a. a. O. insoweit für erlaubt und gültig, als nicht eine Umgehung der Zinsverbote dadurch herbeigeführt werde, und nunmehr seit Gesetz vom 25. Oct. 1864 muss auch diese Beschränkung nothwendig als erledigt gelten.

Abgesehen hiervon behandelte man zeither schon nach dem Vorgange Christ. Gottlob Bieners opuscula academica ed. Fried. Aug. Biener Quaestionum Cap. LXVI (1818) Vol. II, S. 260 f., dem sich auch das Strafgesetzbuch von 1855 a. a. O. anschloss, die Gewährung eines Gelddarlehns in Staatspapieren oder andern, einem Course unterliegenden Creditpapieren dergestalt für zulässig, dass man den Courswerth als dereinstiges Restitutionsobject gelten liess, und zwar den Courswerth am Tage der Darleihung. Hiermit conformirt sich das Gesetzbuch §. 1067, Abs. 2 verb. m. §. 1079 insofern, als es im Falle der Darleihung von öffentlichen, auf den Inhaber gestellten Werthpapieren beim Mangel einer entgegenstehenden Verabredung die Vermuthung für ein beabsichtigtes und seiner Höhe nach dem dermaligen Courswerthe der Papiere gleichstehendes Darlehn streiten lässt.

IV. Neben dem Gesetzbuche bleiben auch künftig die Bestimmungen der Städteordnung vom 2. Febr. 1832, §. 38, sowie der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838, §. 62, in Kraft, wonach Stadtgemeinden Darlehne, durch welche die Schulden der Gemeinde wirklich vermehrt werden würden, nur in ausserordentlichen Fällen und unter Genehmigung der vorgesetzten Regierungsbehörde (jetzt der Kreisdirection), Landgemeinden dagegen, dafern das Darlehn über 100 Thaler beträgt, nur unter Genehmigung der Ortsobrigkeit (des Gerichtsamtes) selbige aufnehmen können. Hierdurch ist die an das gemeine Recht*) sich anschliessende Vorschrift der dec. 16.

*) l. 27 D. de rebus creditis XII, 1 (lex Civitas).

v. 1661 in Wegfall gelangt, wonach aus einem nur von dem Rathe einer Stadtgemeinde ohne Zuziehung der Gemeindevertreter aufgenommenen Darlehn gegen die Gemeinde überhaupt nur eine Klage de in rem verso zugelassen wurde.

V. Das Gesetzbuch beseitigt stillschweigend, sowohl

a. die von unserer zeitherigen Gesetzgebung fortdauernd, wenn auch nicht mehr in der Eigenschaft einer privilegirten Einrede als praktisch behandelte exceptio Scti Macedoniani (Mandat v. 29. Decbr. 1718 und Mandat vom 21. April 1724: wider das leichtsinnige Aufborgen junger Leute etc.), als

b. auch noch die exceptio, sowie die querela non numeratae pecuniae. Schon unser zeitheriges Particularrecht kannte diese exceptio nur in einer, von dem gemeinrechtlichen Begriffe wesentlich verschiedenen Bedeutung, indem es im Gegensatze zu dem Justinianeischen Rechte, den von dem Aussteller der Schuldverschreibung opponirten Einwand des Nichtempfanges der verschriebenen Summe processualisch als wirkliche von dem Beklagten zu erweisende Exception behandelte. Zunächst wurde solches im Anhange zur erläuterten Processordnung §. 8 in Bezug auf den Executivprocess ausgesprochen und dort vorgeschrieben, dass der Beklagte mit der gedachten Einrede im Urkundenprozesse unter der allgemeinen Voraussetzung ihrer sofortigen urkundlichen Liquidität gehört, ausserdem aber damit in die Widerklage verwiesen werden solle. Später erstreckte der Gesetzgeber in dec. 23. v. 1746 den nur erwähnten Grundsatz betreffs der veränderten Vertheilung der Beweislast auch auf den Ordinarprocess. Dabei war dem Schuldner zwar an sich (und von dem weiter unten zu gedenkenden Falle einer zeitlichen Beschränkung abgesehen) der Gebrauch sämmtlicher Beweismittel frei gelassen, insbesondere auch der des Eidesantrags: indessen hatte man

solches nicht etwa so zu verstehen, dass hierdurch die Eidesdelation über die blosse Negation, welcher ja der Inhalt des recognoscirten Documentes direct entgegentrat, habe zugelassen werden sollen. Vielmehr hatte der Schuldner seine Einrede, resp. Klage, wie in anderen Fällen factisch gehörig zu begründen und somit namentlich den Sachverlauf bei Ausstellung des Documentes näher darzulegen, um dem Richter dadurch die Ueberzeugung zu verschaffen, dass das Document lediglich in der Erwartung der erst noch zu erfolgenden Geldzahlung unterzeichnet und dem Gläubiger ausgehändigt worden sei. Eine offenbare Inconsequenz unserer Gesetzgebung aber war es, dass dec. 23., vielleicht in Erinnerung an das ältere Römischrechtliche Quinquennium, dem Schuldner die obengedachte Freiheit in der Wahl seiner Beweismittel nur fünf Jahre lang von Ausstellung der Urkunde an einräumte, mit Ablauf dieser Frist aber (selbst ausserhalb des Executivprozesses) ihm nur die Benutzung von Urkunden nachliess, und wenn er solche, wie dies meistens der Fall war, nicht besass, ihn mit seiner exceptio, resp. querela überhaupt nicht weiter gehört wissen wollte. Nur den Fall nahm man nach der Praxis aus, wenn der Schuldner sich auf einen sogenannten dolus specialis des Gläubigers zu beziehen vermochte, sei es, dass dessen doloses Verhalten Anlass zu Ausstellung und anticipirter Aushändigung der Schuldverschreibung gegeben oder dass ein solcher dolus darauf abgezweckt hatte, den Aussteller von der früheren rechtzeitigen Geltendmachung des ihm gegen das Document zustehenden Einwandes abzuhalten. Ja schon jede besondere später unerfüllt gelassene Zusage des Gläubigers: das Geld nachträglich zahlen zu wollen, sah man zur Begründung eines solchen dolus für zulänglich an (Bauer, Commentar zu dec. 23., §. 12 — Gottschalk in Ztschr. f. Rechtspfl. N. F. III., 18 ff. —). Indem nun das Gesetzbuch die exceptio non numeratae pecuniae in Weg-

fall bringt, heisst das nicht soviel, dass der Darlehnschuldner dem schriftlichen Schuldbekenntnisse gegenüber mit dem Einwande des nicht gezahlten Geldes überhaupt künftig nicht weiter zu hören sei, sondern natürlich nur soviel, dass sein diesfallsiger Einwand unter Beiseitesetzung der früheren positivrechtlichen Eigenthümlichkeiten des Römischen wie des späteren Sächsischen Rechts, ganz nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen zu behandeln sei. Diese führen aber dahin, dass man den Einwand gegenüber der durch die Schuldurkunde hergestellten Liquidität des Klaggrundes als eine persönliche Ausflucht im heutigen prozessrechtlichen Sinne zu beurtheilen habe, deren Beweis zwar dem Beklagten obliegt, ohne dass jedoch derselbe dabei in der Wahl seiner Beweismittel beschränkt wäre.

Hiermit steht es keineswegs im Widerspruche, wenn die Gerichtsordnung §. 220 die „Einrede des nicht gezahlten Geldes“ fortdauernd noch als Grundlage einer besonders bevorzugten Gattung von Protestationen im Gebiete des Hypothekenrechtes erwähnt. Schon Hypothekengesetz §. 77 nämlich bestimmte, dass, wenn eine in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene hypothekarische Forderung in einem Gelddarlehne bestehe, der hypothekarische Schuldner, falls bei Eintragung der Hypothek die Darlehnssumme noch nicht gezahlt gewesen, zur Erhaltung der ihm insoweit zustehenden exceptio non numeratae pecuniae auch dem etwaigen dritten Erwerber der Hypothek gegenüber das Recht haben solle, innerhalb 30 Tagen von Eintragung der Hypothek an gerechnet eine Protestation im Hypothekenbuche verlautbaren zu lassen, und zwar war diese Protestation insofern besonders begünstigt, als der Schuldner innerhalb der gedachten Frist mit derselben auch dann gehört werden musste, wenn er seine Behauptung des Nichtempfanges nicht bescheinigen konnte, und selbst dann, wenn die

Hypothek zur Zeit der Anbringung der Protestation bereits auf einen Dritten umgeschrieben sein sollte. Da das practische Bedürfniss zu einer wirksamen Schützung des Schuldners gegen die Folgen des Principes der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches in diesem Falle das nämliche geblieben ist, so ist jener Protestationseintrag mit seinen Eigenthümlichkeiten auch jetzt mit Recht beibehalten worden, ohne dass aber natürlich dabei davon ausgegangen werden dürfte, als habe sich der Gesetzgeber hierbei die Einrede des nicht gezahlten Geldes in dem singulären Sinne unseres früheren Rechtes gedacht.

§. 116. Vom Kaufe.

I. Wesentliche Requisite des Kaufes sind auch heutzutage noch

A. Waare,

B. Preis.

Ad A. Für das erstere Requisit ist es jedoch keineswegs unerlässlich, dass das Kaufobject zur Zeit des Kaufabschlusses bereits existire, oder dass es auch nur gewiss sei, ob dasselbe dereinst existiren werde (§. 1083 des B.G.B.). Indessen kann diese Ungewissheit der künftigen Existenz von den Paciscenten auf verschiedene Art in Rechnung gezogen werden, entweder so, dass die hierin liegende Ungewissheit ganz von dem Käufer übernommen wird: dann liegt auf Seiten des Verkäufers ein unbedingter Kauf, für den Käufer aber nur der einer blossen Hoffnung vor, oder so, dass diese Ungewissheit beide Theile trifft, d. h. also der Kauf nur insoweit bestehen soll, als die erwartete Sache dereinst existiren werde (suspensiv bedingter Kauf). Welche von diesen beiden möglichen Intentionen als in der Absicht der Parteien liegend zu gelten habe, ist Sache der Auslegung. Der §. 1083 des B.G.B. giebt hierfür nur insofern ein

Anhalten, als bei einem dem Zufalle völlig preisgegebenen Erfolge in der Regel das Erstere, für Fälle aber, wo nicht sowohl das Ob? als das Wieviel? als ungewiss betrachtet zu werden pflegt, im Zweifel das Letztere als gewollt vorauszusetzen sein soll, ohne dass man jedoch hierdurch behindert wäre, daneben noch auf die Art der Preisfestsetzung oder die sonst concurrirenden Umstände ein entscheidendes Gewicht zu legen. Nicht zu verwechseln ist hiermit übrigens der gleichwohl von den Motiven S. 797 anscheinend mit hierher gerechnete Fall, wo die Sache zwar gleichfalls noch nicht existirt, aber durch eigene Thätigkeit des Verkäufers aus ihm zugehörigen Stoffen herzustellen ist. Hier tritt die Bestimmung in §. 1244 des B.G.B. und darnach der Gesichtspunkt eines unbedingten Kaufes ein. Das Verbot des Verkaufs der Früchte auf dem Halme, welches im Vergleiche zu der Bestimmung der Reichspolizeiordnung von 1577 in bedeutend verschärfter Gestalt in unsere frühere Landesgesetzgebung übergegangen war (Gen. v. 23. Juli 1805 und v. 25. Juni 1817), wurde von unseren Spruchbehörden schon bisher als ein nur auf die damaligen Zeitumstände berechnetes und mit den veränderten Verhältnissen von selbst wieder erledigtes behandelt (Ann. Ä. F. II., S. 434 ff.); noch weniger ist aber dasselbe in das bürgerliche Gesetzbuch mit aufgenommen worden.

Ad. B. kann künftig von dem gemeinrechtlichen Erfordernisse des pretium justum mit Rücksicht auf die oben bereits erwähnte Beseitigung der über die laesio enormis geltenden Grundsätze an sich nicht mehr die Rede sein, jedoch muss das zu gewährende Aequivalent auch jetzt noch mindestens bis zur Hälfte seines Werthes in Gelde bestehen, wenn das betreffende Veräusserungsgeschäft als Kauf gelten soll (§§. 1082, 1086 des B.G.B.).

Uebrigens ist es bei sonstigem Einverständnisse der Parteien darüber, dass eine Sache als verkauft gelten

solle, zur Perfection des Geschäftes keineswegs unerlässlich, dass der Kaufpreis bereits zwischen den Paciscenten festgesetzt sei, indem beim Mangel einer diesfallsigen ausdrücklichen oder factischen Vereinbarung die Bestimmung der Höhe des Kaufpreises, wie auch in anderen Fällen, wo eine entgeltliche Leistung gegen eine zur Zeit noch nicht quantificirte Gegenleistung in Frage steht, dem billigen Ermessen des Verkäufers, eventuell dem richterlichen Arbitrium, als überlassen gilt (§. 820 des B.G.B.).

II. Die regelmässige Eigenschaft der beiderseitigen Vertragsleistungen als Zug- um Zugleistung ist zwar unbeschadet des oben §. 101, II. erwähnten processualen Grundsatzes in §. 1098 des B.G.B. beibehalten, indessen soll der Uebergang des Eigenthums an der tradirten Sache auf den Käufer nicht weiter, wie nach gemeinem Rechte, von der vorgängigen Kaufpreisberichtigung oder Gestundung des Preises abhängig sein (§. 1094 des B.G.G. a. E. verb. m. oben §. 63). Wegen der Verpflichtung zur Verzinsung des Kaufspreises vom Augenblicke der Uebergabe der Sache an und wegen der Aufhebung der hier einschlagenden dec. 15 v. 1746 z. vgl. oben §. 98, II.

III. Den Kauf auf Probe behandelt das Gesetzbuch in §§. 1107 ff. in Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche Art. 339 als suspensiv bedingtes Geschäft dergestalt, dass bei dem Ausbleiben einer Erklärung seiten des Käufers binnen der vertragsmässigen oder in Ermangelung einer solchen von dem Verkäufer ihm einseitig zu setzenden Frist die Bedingung, jenachdem das Kaufobject bereits übergeben war oder nicht, entweder als eingetreten oder als weggefallen gilt. Im Gegensatze hierzu soll das dem Käufer zu Gunsten des einen oder anderen Theiles beigefügte pactum displicentiae im Zweifel als Resolutivbedingung wirken (§. 1107 des B.G.B.), und zwar ist bei dem Mangel einer vertragsmässigen Erklärungsfrist abweichend vom gemeinen Rechte

eine solche von nur 30 Tagen*) in der Weise bestimmt, dass mit deren Ablaufe das Reurecht überhaupt erlischt (§. 1108 des B.G.B.).

Wegen des hiervon wesentlich verschiedenen Falles eines Handels nach Probe oder nach Proben ist zu vergl. §. 907 des B.G.B., verb. m. Handelsgesetzbuch Art. 340, wonach die zugesagte probemässige Beschaffenheit der Waare als ein sogenanntes dictum et promissum, nicht also als eine beigefügte Suspensivbedingung, aufgefasst wird, so dass das Vorhandensein der probemässigen Qualität der Waare eintretenden Falles von dem Verkäufer zu beweisen sein wird. Wegen Vertheilung der Beweislast sind zu vgl. Annalen N. F. Bd. II, S. 52 u. 66, wegen des zum Theile abweichenden früheren Rechtes nach der Auffassung der Praxis Wochenbl. 1847, S. 65 ff.

IV. Der Tausch wird in §. 1138 des B.G.B. ganz unter die Grundsätze des Kaufes gestellt, insbesondere auch wegen der Verpflichtung der beiderseitigen Contrahenten im Falle einer Entwährung der einen oder der anderen der vertauschten Sachen.

Ebenso soll es auch als Kauf beurtheilt werden, wenn der Gläubiger behufs der Tilgung seiner Forderung von dem Schuldner eine Sache an Zahlungsstatt annimmt (§. 1100 des B.G.B.). Dagegen kennt das Gesetzbuch die auf Nov. 4 cap. 3 beruhende datio in solutum als Recht des Schuldners: seinem Gläubiger unter Umständen an Stelle des geschuldeten Geldes Sachen anderer Art an Zahlungsstatt aufzudrängen, nicht mehr.

Wegen der Erläut. Processordnung ad tit. XXXIX., 19 ist zu vrgl. Osterloh, Hdbch. §. 365, Anm. 16.

V. Eine sehr häufige Form des Kaufabschlusses ist die Versteigerung einer Sache an den Meistbieten-

---

*) Sie lässt sich jedoch nicht als Verjährungsfrist auffassen, da die Möglichkeit ihrer Unterbrechung nicht gegeben ist.

den, eine Form, die übrigens nicht bloss beim Kaufe, sondern zur Abschliessung von onerosen Verträgen aller Art (freilich mutatis mutandis) angewendet werden kann, weshalb auch das Gesetzbuch diese Lehre im allgemeinen Theile des Obligationenrechtes (§. 819) berührt. In dieser Lehre stehen sich bekanntlich zwei Hauptansichten gegenüber: einmal die, dass in dem Ausbieten der Sache bereits eine acceptationsfähige Offerte und in jedem einzelnen darauf erfolgenden Gebote dann die den Vertrag an sich zum Abschlusse bringende Gegenerklärung des anderen Theiles liegt, nur mit der aus der Natur der gewählten Form des Vertragsabschlusses von selbst zu folgernden Bedingung einer Wiederauflösung des Vertrages durch jedes nachfolgende höhere Gebot: addictio in diem; — sodann die, dass das Ausbieten der Sache nur erst eine Aufforderung an das Publikum: Offerten zu machen, enthalte, und dass daher die in den später erfolgenden Geboten liegenden Offerten erst noch der Acceptation seiten des Ausbieters bedürfen, welche dann regelmässig unter der Form des Zuschlages geschehe.

Das Gesetzbuch bekennt sich in §. 819 zu der erstern dieser beiden Ansichten, und zieht hieraus die unmittelbare Consequenz, dass der Minderbietende durch das höhere Gebot eo ipso frei werde und sodann, dass, wenn binnen der für den Bietungsact gesetzten Zeit ein besseres Gebot erfolge, der Ausbietende dieses nicht zurückweisen könne.

Vergleicht man hiermit die hier in der Lehre vom Kaufe über die eigentliche addictio in diem §§. 1111 ff. des B.G B. aufgestellten Grundsätze, so ergiebt sich die doppelte Abweichung, dass

a. bei der eigentlichen addictio in diem, wie nach gemeinem Rechte, der Vorbehalt des besseren Gebotes im Zweifel als eine nur zu Gunsten des Verkäufers hinzugefügte Resolutivbedingung (§. 1115. des B.G.B.) be-

trachtet wird, während bei der Versteigerung die Resolutivbedingung an sich ebensowohl zu Gunsten des Ausbietenden als des früheren Bieters wirkt, und

b. dass, während bei der gewöhnlichen addictio in diem dem ersten Käufer das Recht des Eintrittes in das bessere Gebot in der Regel offen bleibt (§. 1114 des B.G.B.), bei der Versteigerung der überbotene Licitant sich den Vertragsgegenstand nur durch ein abermaliges Ueberbieten sichern kann.

Die von dem Standpuncte des Gesetzbuches aus allerdings im einzelnen Falle dem Ausbietenden möglicherweise drohenden Nachtheile (zu vergl. Ihering, Jahrb. für Dogm. des heutigen Römischen und Deutschen Rechts, Bd. VII., S. 167 ff. und 383 ff.) lassen sich für die hier allein in Frage stehende Form der sogenannten freiwilligen Licitation bis zu einem gewissen Grade durch die Fassung der von dem Veranstalter der Versteigerung vorher bekannt zu machenden Auctionsbedingungen beseitigen, wie z. B. dadurch, dass sich der Versteigerer ausdrücklich die Auswahl unter den mehreren Licitanten, resp. die beliebige Zurückziehung der Sache aus der Versteigerung bis zum Zuschlage vorbehält.

Für die nothwendige gerichtliche Versteigerung bestehen ohnehin besondere, in unseren Processgesetzen enthaltene Bestimmungen, die natürlich auch künftig in Kraft bleiben (ob. §§. 74 und 78) und soviel die Form von dergl. Versteigerungen anlangt, Osterloh, Handb. §§. 362, 364, verb. m. Gesetz v. 30. Juni 1868, Abth. III, §§. 13 ff.

§. 117. Vor- und Wiederkaufsrecht.

Das Gesetz als Quelle eines zu begründenden Vor- und Wiederkaufsrechtes ist dem Gesetzbuche unbekannt. Zwar kommen in unserem zeitherigen Particularrechte zahl-

reiche Beispiele gesetzlicher Vorkaufsrechte vor, indessen fällt das des Erbzinsherrn am Erbzinsgute (vgl. oben §. 67, II.) ebenso wie das des Lehnsherrn, resp. der Lehnsfolger am Lehngute überhaupt nicht in das Bereich des Gesetzbuches, und das sogenannte Näherrecht der Descendenten an den Erbstammgütern ihrer Ascendenten selbst in der ihm durch die const. 31 pte. II. noch belassenen abgeschwächten Gestalt war gleich dem des Besitzers eines Hauptgutes in Ansehung der von demselben abgetrennten Parzellen schon vor dem Erscheinen des Gesetzbuches verschwunden (Gesetz über Theilbarkeit des Grundeigenthums vom 30. November 1843 §. 8).

Somit erscheint nur Privatwille und eintretenden Falles richterliche Verfügung als möglicher Entstehungsgrund für das Vor- und Wiederkaufsrecht nach dem Gesetzbuche.

1. Im Gegensatze zu constitt. 1 und 32 pte. II., wo das Wiederkaufs- resp. Vorkaufsrecht für der Regel nach unverjährbar erklärt wird (vergl. oben §. 37, 2. b, S. 128), unterwirft das Gesetzbuch beide von vorn herein gewissen zeitlichen Beschränkungen, und zwar dergestalt, dass im Zweifel das Wiederkaufsrecht bei Mobilien nur ein Jahr lang, bei Immobilien nur zehn Jahre lang von der Uebergabe der Sache an den Käufer an, das Vorkaufsrecht dagegen bei Mobilien nur innerhalb dreier Tage, bei Immobilien innerhalb 30 Tagen von erfolgter Anzeige des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufes an ausgeübt werden kann.

2. Abgesehen hiervon wird durch beide Rechte an sich nur ein persönlicher, gegen den jedesmaligen Mitcontrahenten wirksamer Anspruch begründet. Hat daher der Verpflichtete die dem Vor- resp. Wiederkaufsrechte unterworfene Sache bereits an einen Dritten der Verpflichtung zuwider veräussert und übergeben (resp. den neuen Erwerber in das Grund- und Hypothekenbuch ein-

tragen lassen), so bleibt dem Berechtigten, wie schon nach zeitherigem Rechte, an sich nur die Schädenklage gegen den Verpflichteten übrig, jedoch soll er wenigstens dann die Sache selbst von dem Dritten herausverlangen können, wenn dieser zur Zeit der Uebergabe erweislich die Existenz des Vor- resp. Wiederkaufsrechtes gekannt hat und demgemäss in bösem Glauben gewesen ist, oder soweit ein Immobile in Frage stehet, wenn das Recht im Grund- und Hypothekenbuche verlautbart war (§. 1124, 1134 des B.G.B.).

Selbst im Falle der nothwendigen Subhastation des dem fraglichen Rechte unterworfenen Grundstückes konnte der Wieder- resp. Vorkaufsberechtigte schon nach dec. 27. von 1746 und nach Mandat vom 9. April 1827 sein Befugniss unter der Voraussetzung geltend machen, dass dasselbe auf gerichtlich confirmirtem Vertrage beruhte, und dass in letzterem die dereinstige Vor- resp. Wiederkaufssumme im Voraus festgesetzt war. Solchenfalls wird dort der Subhastations- resp. Concursrichter angewiesen, vor Anberaumung des Subhastationstermines an den Berechtigten die peremtorische Aufforderung zu erlassen, sich binnen Sächsischer Frist über die Annahme des Grundstückes um den gesetzten Preis zu erklären, und dieser soll dann gehalten sein, bei Verlust seines Rechtes die Vor- resp. Wiederkaufssumme baar zum Gerichtsdepositum zu erlegen. An die Stelle der gerichtlichen Confirmation eines derartigen Vertrages trat später durch das Hypothekengesetz der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch. In dieser Gestalt behält auch das Gesetzbuch in §§. 1126 und 1137 die obigen Grundsätze ebenfalls bei, nur mit der Modification, dass es die obgedachte Sächsische Frist auf eine 30tägige herabsetzt.

3. Dagegen gelten rücksichtlich beider Rechte, abgesehen natürlich von der Verschiedenheit ihres Inhaltes an sich, insofern abweichende Grundsätze, als in dem

Falle, wenn dieselben mehreren Personen zugleich vorbehalten sind, zwar das Vorkaufsrecht nach Befinden schon von dem Einzelnen, das Wiederkaufsrecht dagegen immer nur von der Gesammtheit der Berechtigten ausgeübt werden kann (§§. 1128, 1135 des B.G.B.), und als zwar das Wiederkaufsrecht cessibel und auf die Erben transmissibel ist, das Vorkaufsrecht dagegen in der Regel nicht (§. 1127 des B.G.B.).

§. 118. Leibrentenvertrag, Auszug und Gebrauchsleihe.

I. Leibrentenvertrag.

A. Obwohl derselbe nach §. 1156 des B.G.B. auch auf Schenkung seiten des Rentenschuldners beruhen kann, so erscheint derselbe doch in der Regel in der Form eines onerosen Vertrages, und zwar nähert er sich, insofern die Uebernahme der Rente gegen eine von dem Gläubiger oder einem Dritten zu gewährende Gegenleistung (Rentencapital) erfolgt, am meisten dem Kaufe, nur dass das Rentencapital nach §. 1151 des B.G.B. nicht nothwendig in Geld zu bestehen braucht. Characteristisch ist übrigens für denselben, dass die Dauer des Rentenvertrages von dem Leben einer Person und zwar nach §. 1152 des B.G.B. im Zweifel von dem Leben des Rentenempfängers abhängt, so dass sich mit dessen Tode die Verpflichtung zu Fortzahlung der Rente für den Rentenschuldner in der Regel erledigt, ohne dass letzterer auch nur zu einer verhältnissmässigen Rückgewährung des früher etwa empfangenen Rentencapitals (z. B. an die Erben des Rentengläubigers) gehalten wäre. Indessen kann es mit der Natur des Geschäftes keineswegs für unvereinbar gelten, dass die frühere Beendigung des Rechtsverhältnisses ausnahmsweise durch Beifügung einer lex commissoria oder einer sonstigen Resolutivbedingung herbeigeführt werde. Die nach dem zeitherigen Rechte

in diesem Falle der Klage auf Rückgewährung des Rentencapitales mit Rücksicht auf die Wuchergesetze entgegengestellten Bedenken (Wochenblatt 1861, S. 275 ff.) sind nach dem Stande der jetzigen Gesetzgebung über diesen Punct als weggefallen zu betrachten. Ein gesetzliches Recht auf Rückforderung des Rentencapitals wird nur in gewissen Fällen eines gewaltsamen Todes desjenigen, auf dessen Leben die Dauer der Rentenforderung gestellt war, anerkannt (§. 1155 des B.G.B.), also selbst nicht einmal im Falle des Concurses zu dem Vermögen des Rentenschuldners; vielmehr beschränkt sich hier der Anspruch des Rentengläubigers lediglich auf Liquidirung der Rente, d. h. derjenigen capitalisirten Summe, die sich nach der muthmasslichen Lebensdauer der Person, auf deren Leben die Rente gestellt war, nach Abzug des interusurii ergiebt.

B. Verwandt mit dem heutigen Leibrentenvertrage ist der Renten- und Gültenkauf des früheren Deutschen Rechtes, der auch in unserer älteren Gesetzgebung vielfach berührt wird. Bei demselben war jedoch die Dauer des durch ihn begründeten Rechtsverhältnisses begrifflich nicht an das Leben einer Person geknüpft, sondern der Regel nach von der Ausübung des dem Renten- oder Zinsenschuldner zustehenden Wiedereinlösungsrechts (sogenannten Wiederkaufsrechts) abhängig. Deshalb sprechen unsere Gesetze bald von wiederkäuflichen Zinsen, bald von wiederkäuflichen Stämmen; die hier einschlagende const. 24, pte. III. bespricht beide Fälle, sowohl den, wenn die Rente als laufende Abgabe auf ein Grundstück gelegt, als den, wenn sie als bloss persönliche Leistung (ohne Radicirung auf ein Immobile) übernommen wurde.

In dem ersteren Falle räumte die ältere Processordnung tit. XLII, 6, den wiederkäuflichen Zinsen im Concurse des Rentenschuldners die Eigenschaft eines in der

Klasse der absolut privilegirten Gläubiger zu locirenden onus reale ein. Die Erläuterte Processordnung adit. XLII, 8. verb. mit Mandat vom 24. September 1734, änderte dies jedoch pro futuro ab, und liess den von da an zu übernehmenden Renten nur noch die Rechte gewöhnlicher Zinsen von hypothekarischen Capitalien, und auch dieses nur unter der Voraussetzung, dass sie gerichtlich constituirt und consentirt seien, welchenfalls dann im Concurse des Rentenschuldners der Anspruch auf Capital nebst den etwaigen Rentenrückständen auf die letzten drei Jahre unter den hypothekarischen Forderungen zu lociren sein sollte.

Demzufolge verschwand der Renten- und Gültenkauf von da ab mehr und mehr, und nur in der Oberlausitz, wo sogar die Hauptstämme solcher Zinsen, soweit sie Kirchen und milden Stiftungen zustanden, bis zum Gesetze vom 25. Januar 1836, zur Einführung mehrerer kreisländischer, die Priorität der Gläubiger in Concursen betreff. Bestimmungen, §. 2, unter die onera realia gerechnet wurden, hat er sich bis in die neuere Zeit erhalten. Das Gesetzbuch erwähnt seiner nicht mehr.

II. Auszug.

Ueber den Begriff desselben zu vergl. oben §. 87.

Die §§. 1157—1172 des Gesetzbuches behandeln nur das zwischen dem Auszugsberechtigten und dem Auszugsträger bestehende Forderungsverhältniss und schliessen sich den vom Oberappationsgerichte in seiner oft erwähnten Bekanntmachung vom 2. October 1839 diesfalls aufgestellten Grundsätzen fast allenthalben an. Hieraus erklärt es sich auch z. B., dass, rücksichtlich der Auszugsforderungen, dafern sie ihrem Inhalte nach alterirt sind, z. B. Naturalien oder Geld, der Grundsatz des gemeinen Rechtes betreffs des Ueberganges des Wahlrechts im Falle der mora des Wahlberechtigten auf den andern

Theil nach §§ 1169, 1171 des B.G.B. hier ausnahmweise beibehalten worden ist (zu vgl. oben §. 100, A. II.). Ebenso entspricht es dem zeitherigen Rechte, dass ein mit dem Auszuge verbundenes Wohnungs- und Herbergsrecht (zu vgl. oben §. 92, II.) nicht, wie das Gesetzbuch im §. 653 solches an sich als Regel aufstellt, mit der Zerstörung des betreffenden Gebäudes definitiv erlischt, sondern dass nach §. 1172 des B.G.B. der Auszügler die Wiederherstellung des Gebäudes und bis dahin, soweit thunlich, anderweite Unterbringung in dem auszugspflichtigen Grundstücke verlangen kann.

III. Gebrauchsleihe (Commodat).

In dieser Lehre sind nur dadurch einige Abweichungen von dem gemeinen Rechte bedingt, dass man neben der Gebrauchsleihe das gemeinrechtliche Precarium nicht mehr unterscheidet, sondern die auf beide Institute bezüglichen Vorschriften mit einander in sachgemässe Verbindung gebracht hat. Hiernach erscheint es

a. nur als eine besondere Modification der Gebrauchsleihe, wenn sich der Verleiher das beliebige Widerrufsrecht vorbehalten hat (§. 1181 des B.G.B.), ferner erklärt sich hieraus, dass

b. der gemeinrechtlich nur für das Precarium anerkannte Erlöschungsgrund, nämlich der Tod des Entleihers (§. 1182 des B.G.B.) auch auf das Commodat übertragen ist; weiter

c. dass die Römischrechtliche Beschränkung der Haftung des Precaristen auf dolus beziehentlich lata culpa in Gemässheit des §. 1177 des B.G.B. und der dort erwähnten weitergehenden Haftung des Commodatars entsprechend in Wegfall gebracht worden ist.

d. Wegen des heutigen Besitzschutzes des Commodatars und Precaristen vgl. das oben §. 46, 3. u. 4, S. 158 und §. 49, S. 172 Gesagte.

§. 119. **Pacht- und Miethvertrag.**

I. Sachenmiethe.

A. Begriff: In Uebereinstimmung mit dem zeither schon herrschenden Sprachgebrauche sind die Ausdrücke: Pacht und Miethe nach §. 1187 des B.G.B. in dem Sinne zu nehmen, dass der erstere auf die Fälle zu beziehen ist, wo die Benützung einer fruchttragenden Sache zum Zwecke der Fruchtziehung gegen ein gewisses Aequivalent überlassen wird, alle übrigen Fälle dagegen mit dem Ausdrucke Miethe bezeichnet werden.

Hierbei genügt aber das jedem Miether in der Regel zustehende Recht zur Sublocation (§. 1194 des B.G.B.) und die auf diese Weise gegebene blosse Möglichkeit zum Beziehen von fructus civiles an sich noch nicht, um das Vertragsverhältniss unter den Begriff des Pachtes zu stellen, selbst dann nicht, wenn, wie dies z. B. bei städtischen Wohnungsmiethen erfahrungsmässig oft vorkommt, die Sublocation der stillschweigende, oder auch ausgesprochene Hauptzweck des eingegangenen Miethverhältnisses sein sollte. Vielmehr kommt es dabei darauf an, ob die Sache ihrer Einrichtung und Beschaffenheit nach zur Ziehung von solchen bürgerlichen Früchten bestimmt ist, z. B. ein Gasthof, eine Wasch- oder Badeanstalt. Dies ist besonders für die Anwendung von §§. 1215—1218 des B.G.B. festzuhalten. Uebrigens kann, was den zu entrichtenden Pacht- oder Miethzins anbelangt, derselbe abweichend vom gemeinen Rechte nach §. 1190 des B.G.B. in allen Fällen auch in anderen vertretbaren Sachen als Gelde bestehen.

B. Für die Natur und den Umfang der beiderseitigen aus dem Vertrage herfliessenden Rechte und Pflichten bleiben im Wesentlichen die gemeinrechtlichen Grundsätze massgebend. Neu ist u. A.:

1. die beim Mangel einer Vertragsberedung gesetzlich eintretende Fixirung der Zahlungsfrist für das Pacht-

und Miethgeld in der Regel auf den Schluss des jedesmaligen Kalendervierteljahres;

2. die Ausschliessung des dem locator zustehenden Befugnisses, im Falle casueller Unmöglichkeit der Leistung anstatt des bedungenen Pacht- oder Miethobjectes ein anderes von gleicher Beschaffenheit und Güte zu substituiren (§. 1198 des B.G.B. verb. m. Motiven zu dem entsprechenden Paragraphen 1227 des Entwurfs, S. 809 unter no. 10.);

3. gänzliche Beseitigung der dem Conductor nach gemeinem und früherm Sächsischen Rechte unter Umständen zustehenden Ansprüche auf verhältnissmässigen Pachtgelderremiss wegen eines den Früchtebezug beträchtlich mindernden casus. Die hierauf bezügliche dec. 20. von 1746 wich von dem gemeinen Rechte schon darum nicht unwesentlich ab, weil sich der Verpachter nicht, wie nach diesem, durch die Berufung auf eine im Laufe der mehrjährigen Pachtperiode von dem Pachter in einem frühern oder spätern Jahre gemachte besonders günstige Ernte schützen konnte, vielmehr der Ertrag jedes einzelnen Jahres für sich in Betracht zu ziehen war, andrerseits aber auch nur derjenige Verlust, welcher die Hälfte des jährlichen Pachtgeldes übersteige, als eine beträchtliche im Sinne des Gesetzes anzusehen, und der Verpachter überdem niemals zu einem Mehreren gehalten sein sollte, als zu einem der Hälfte des erlittenen Verlustes gleichkommenden Remisse. Ueber die hierbei einzuhaltende Berechnungsweise ist zu vgl. Winckler, Ztschrft. N. F. I, S. 110 ff. Dabei war übrigens nach der durch ein späteres Gesetz (Generale vom 26. Mai 1810, die den Pachtern wegen geleisteter Kriegsprästationen etc. von ihren Verpachtern zu gewährende Entschädigung betreff.) ausdrücklich gebilligten Auslegung der Decision kein Unterschied zu machen, ob der casuelle Verlust die noch anstehende oder die bereits abgebrachte Frucht betroffen habe.

Sachlich ist die nunmehr in §. 1212 des B.G.B. getroffene Aenderung unseres zeitherigen Rechtes deshalb von keinem grossen praktischen Belange, weil ohnehin die Pachtcontracte fast ohne Ausnahmen schon bisher einen Verzicht auf das Remissrecht zu enthalten pflegten, auch ist wohl zu beachten, dass die Fälle, wo die Schmälerung des Nutzungsertrages nicht in einem den Früchtebezug, sondern in einem die Sache selbst betreffenden casus ihren Grund hat, durch die Vorschrift in §. 870 verb. mit §§. 1198 und 1213 des B.G.B. vollkommen gedeckt erscheinen.

Von den Kriegsschäden in specie und deren antheiliger Uebertragung durch die Paciscenten handelt das Generale v. 26. Mai 1810 sehr ausführlich. Dasselbe soll auch künftig nach den Bemerkungen in den Motiven S. 810 zu §. 1212 des B.G.B. (1241 des Entwurfs) als gültig zu betrachten sein (zu vgl. Siebenhaar in den Annalen N. F. II, S. 97 ff.).

C. Dauer des Vertragsverhältnisses.

1. Für die verschiedenen Arten der Sachenmiethe stellt das Gesetzbuch, abgesehen von besonderer vertragsmässiger Festsetzung, eine gewisse gesetzliche Dauer auf:

a. Rücksichtlich der beweglichen Sachen giebt §. 1217 des B.G.B. lediglich die gemeinrechtlichen Grundsätze wieder;

b. Bei Wohn- und andern Miethräumen, für welche ein jährlicher Miethzins festgesetzt ist, soll dagegen das Miethverhältniss in der Regel auf ein Jahr, dafern aber der jährliche Miethzins weniger als 50 Thaler beträgt, auf ein halbes Jahr als eingegangen gelten (§. 1215 des B.G.B.). Die Berufung auf diesen gesetzlichen Endtermin setzt jedoch immer eine vorausgegangene halb- resp. vierteljährige Kündigung in der Weise voraus,

dass darnach der Ablauf der Miethzeit bei grösseren Miethen jedesmal auf das Kalenderhalbjahr (31. März oder 30. Septbr.), bei kleineren auf Schluss des entsprechenden Kalendervierteljahres (31. März, 30. Juni, 30. September, 31. Decbr.) fallen muss. Nur wenn monatliche oder wöchentliche Miethzinszahlung bedungen worden ist, unterliegt das Miethverhältniss ohne Rücksicht auf die Höhe des Miethpreises auch monatlicher oder wöchentlicher Kündigung.

c. Bei Pachtung von Immobilien dagegen ist, sobald eine gleichbleibende Benützung des Pachtobjectes möglich ist, die gesetzliche Dauer des Vertragsverhältnisses auf ein Jahr, andernfalls, insbesondere bei Landpachtungen, auf drei Jahre bestimmt, jedoch auch hier unter der Voraussetzung rechtzeitiger Kündigung, wie bei der grösseren Miethe (§. 1216 des B.G.B.).

2. Die Lehre von der tacita relocatio ist in dec. 21 von 1746 bei uns näher ausgebildet (zu vgl. die exegetische Erläuterung hierzu von Gottschalk in der Ztschrft. f. Rechtspfl. N. F. II, S. 221 ff.). Darnach war davon auszugehen, dass bei einem durch Ablauf der bedungenen Contractszeit zu Ende gehenden Pacht- oder Miethverhältnisse zwar gegen den Pachter oder Miether, wenn derselbe das Grundstück zum gesetzlichen Termine nicht alsbald räumte, die Annahme seines Einverständnisses mit der Prolongation sofort begründet werde, dagegen dem Verpachter oder Vermiether eine monatliche Frist zur Einlegung seines Widerspruchs gegen die Contractsverlängerung offen stehe. Erfolgte ein solcher fristgemässer Widerspruch nicht, so sollte das Pacht- oder Miethverhältniss in der Regel auf ein Jahr und nur bei einer je nach Beschaffenheit des Pachtobjectes länger andauernden Nutzungsperiode auf diesen längeren Zeitraum, also namentlich bei Landgütern, welche der Drei- oder Vier-Fel-

derwirthschaft unterliegen, auf drei resp. vier Jahre prolongirt gelten, es wäre denn der bisherige Contract ausdrücklich auf eine kürzere Zeit eingegangen gewesen, wo dann die Verlängerung auch nur wieder auf gleich lange Zeit wirken sollte.

Das Gesetzbuch unterscheidet in §. 1218 zwischen Pacht und Miethe dergestalt, dass es nur für ersteren die obgedachte dreissigtägige Widerspruchsfrist beibehält, bei letzterer aber dieselbe auf acht Tage herabsetzt, dafür aber auch beide Fristen den beiderseitigen Contrahenten offen hält; und dass ferner die Dauer der Prolongation bei Pachtungen nach der ursprünglich etwa bedungenen Contractsdauer, eventuell nach der oben unter 1, c. gedachten gesetzlichen bemessen werden soll, während sie bei Miethen ganz ohne Rücksicht auf die von Haus aus etwa festgesetzt gewesene Länge des Miethcontractes niemals mehr als den oben sub 1, b angegebenen Zeitraum umfassen kann, wonach es also darauf ankommt, wann sich die nächste gesetzliche Möglichkeit zur Kündigung darbietet. Von dem Rechte der Decision weicht übrigens §. 1218 des B.G.B. auch noch dadurch ab, dass, während die Decision bisher nur auf Fälle bezogen wurde, in welchen das Pacht- oder Miethverhältniss durch einfachen Zeitablauf zu Ende ging, künftig die tacita relocatio auch da Platz greift, wo sich jenes in Folge vorausgegangener Kündigung endigt, und dass endlich die stillschweigende Prolongation in Zukunft ebensowohl bei Miethverträgen über Mobilien als über Immobilien vorkommen kann.

3. Abgesehen hiervon zählt das Gesetzbuch in §§. 1220, 1221 noch eine Reihe von Gründen auf, die sowohl den Verpachter oder Vermiether, als den Pachter oder Miether zu einseitiger Auflösung des Contractverhältnisses vor Ablauf desselben berechtigen, und die im Wesentlichen mit den diesfallsigen gemeinrechtlichen Grundsätzen übereinkommen.

Darunter befindet sich namentlich auch die fortgesetzte Säumniss des Pachters oder Miethers in der Abführung der Pacht- resp. Miethzinsen. Unsere ältere Praxis schwankte eine Zeitlang, ob dieses Expulsionsrecht des Locator erst dann eintrete, wenn der Conductor zwei Jahre lang, oder auch schon dann, wenn er nur zwei aufeinander folgende Termine des Mieth- oder Pachtzinses in Rückstand gelassen habe.

Das Rescript vom 20. Septbr. 1782, die gegen säumige Gutspachter zu fällenden Erkenntnisse betreff., welches zur Interpretation der l. 54, §. 1 D. XIX, 2 bestimmt war, und zunächst nur von den Pachtverhältnissen spricht, billigte die letztere Ansicht, indem es die Dikasterien anwies, das Römischrechtliche biennium nur dann zur Anwendung zu bringen, wenn der säumige Pachter ein ausdrückliches pactum de non expellendo für sich habe, und übrigens in jedem einzelnen Falle darauf zu sehen, ob und wieweit die rückständigen Pachtgelderraten etwa durch genugsame Caution gedeckt seien.

Das Gesetzbuch im §. 1220 lässt es bei den zwei aufeinander folgenden Terminen bewenden und zwar ohne der Einschränkungen des Rescriptes weiter zu erwähnen. Auf derselben Ratio beruhet unstreitig auch das in den Schlussworten des §. 1220 dem Locator eingeräumte Recht, in dem Falle des Concursausbruches zu dem Vermögen des Conductor von dem Vertrage abzugehen. Macht der Locator freilich von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch und weigert sich umgekehrt die Gläubigerschaft, den Contract auszuhalten, so kommt es nach wie vor auf die Interpretation des §. 5 des geschärften Bankeroutirmandates v. 1766 a. E. an, zu welchem zu vgl. Siegmann, Annalen, A. F. VI, 350 und Nissen, in Ztschr. f. Rechtspfl. XXIV, S. 416 ff. Wegen des im Gesetzbuche mit Stillschweigen übergangenen Falles, wenn

der Verpachter in Concurs verfällt, vergl. die erläuterte Processordnung ad tit. XXXIX, §. 4 und dazu Haubold, Lehrb. §. 375.

4. Der gemeinrechtliche Grundsatz Kauf bricht Miethe, den schon unser zeitheriger Gerichtsbrauch bei der Wohnungsmiethe durch die dem neuen Erwerber des vermietheten Grundstücks hierbei zur Pflicht gemachte Berücksichtigung der üblichen Umzugstermine (Ostern, Johannis, Michaelis, Weihnachten) beschränkte, hat in §. 1225 des B.G.B. gleichfalls nur mit der Modification Aufnahme gefunden, dass der neue Acquirent nach seiner erfolgten Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche den im Grundstücke vorgefundenen Miether an sich zwar ohne Rücksicht auf die von dem Vorbesitzer demselben zugesicherte längere Contractsdauer, jedoch immer nur erst nach vorgängiger Kündigung austreiben lassen kann. Dabei ist er dem Miether gegenüber an die oben 1, b gedachten gesetzlichen Kündigungsfristen gebunden, während der Pachter immer mindestens eine achtwöchige, mit dem Schlusse des laufenden Pachtjahres endigende Kündigungsfrist verlangen kann. Fehlt es hierzu an der genügenden Frist, so ist der neue Acquirent genöthigt, den Pachter bis zum Schlusse des nächsten Pachtjahres in der Pachtung zu belassen. Auf die Zwischenzeit bis zur demgemässen Räumung kann er übrigens den von seinem Besitzereintrag ab auflaufenden Mieth- oder Pachtzins von dem Conductor in der zeitherigen Höhe verlangen. Macht er aber von der ihm dem Obigen nach sich darbietenden nächsten Kündigungsgelegenheit keinen Gebrauch, so erlischt sein Expulsionsrecht völlig, d. h. sein Rechtsverhältniss zu dem Miether oder Pachter soll fortan so angesehen werden, als sei er gegen Cession der seinem Vorbesitzer aus dem Contracte zustehenden Rechte in dessen Verpflichtungen eingetreten. Andererseits kann der Pachter und Miether sich gegen die im

Falle eines Besitzwechsels von dem etwaigen neuen Erwerber ihm drohende Gefahr der Expulsion durch eine bei der Grund- und Hypothekenbehörde anzubringende Protestation sichern, oder, wenn ihm von seinem Vermiether, resp. Verpachter für den Fall einer im Laufe der Contractsperiode sich zutragenden Grundstücksveräusserung die Vinculirung des neuen Acquirenten an den Contract ausdrücklich zugesichert worden war, eine hierauf gegründete Dispositionsbeschränkung in der zweiten Rubrik des Grund- und Hypothekenbuches eintragen lassen, wodurch er dem Nachbesitzer gegenüber, ebenso wie durch dessen ausdrückliches Eintreten in den Contract die Füglichkeit erlangt, diesen, beziehentlich nach den Grundsätzen über pacta in favorem tertii zur Aushaltung des Contracts zu nöthigen.

Für das bisherige Recht zu vgl. Hypothekengesetz, §. 16, 7. und dazu Ponath i. d. Annalen A. F. I, S. 193 ff. — für das jetzige Recht §. 1224 des B.G.B. verb. mit §§. 114, V u. 218 der Gerichtsordnung.

D. Das Erbpachtverhältniss oder der sogen. ewige Pacht. Zu vgl. Curtius, Hdb. Bd. IV, §. 1484 a. ff.

§. 120. Fortsetzung.

II. Dienstmiethe.

Dieselbe begreift im weiteren Sinne alle Vertragsgattungen in sich, vermöge deren gewisse Mühwaltungen oder Verrichtungen um eine im einzelnen Falle bestimmt normirte oder billigem Ermessen, beziehentlich richterlicher Festsetzung überlassen gebliebene (§. 820 des B.G.B.), nach Befinden auch allgemeiner, oder localer Taxbestimmung (wie z. B. beim Droschkenwesen) unterliegende Vergütung zugesagt wird. Mit der völligen Aufgabe des dem Römischen Rechte eigenthümlichen Unterschiedes zwischen

operae liberales und illiberales erledigt sich von dieser Seite her die Nothwendigkeit der Aufstellung besonderer Vertragskategorien je nach Beschaffenheit der fraglichen Dienstleistungen gänzlich. Andrerseits ist selbst für die Entwickelung einer Thätigkeit, die ihrer Tendenz nach vermöge gemeinrechtlicher Auffassung zu den specifisch unentgeltlichen Rechtsgeschäften zu zählen sein würde, wie beim Depositum und Mandat, nach §§. 1263, 1299 des B.G.B. die Möglichkeit einer im Voraus zuzusagenden Vergütung eröffnet, ohne dass deshalb allein das Vertragsverhältniss nothwendig und gegen die Absicht der Betheiligten unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt werden müsste. Als Unterarten der Dienstmiethe unterscheidet das bürgerliche Gesetzbuch

A. den Dienstvertrag (locatio conductio operarum),
B. den Verdingungsvertrag (locatio conductio operis),
C. den Mäklervertrag.

Zu A sind die Fälle gemeint, wo nur einfach die Arbeitskraft oder die besondere Fertigkeit eines Menschen, sei es im Einzelnen, sei es in einer gewissen continuirlichen Branche dergestalt gegen Lohn zur Verfügung gestellt wird, dass es lediglich auf die Ausrichtung der bedungenen Dienste oder die Bereitwilligkeit zu ihnen ohne Rücksicht auf ein dadurch herzustellendes einheitliches Arbeitsproduct ankommt (§§. 1229—1242.). Für die wichtigsten hier einschlagenden Verhältnisse existiren bereits bei uns Specialgesetze, welche neben dem Gesetzbuche in Kraft bleiben, so für den Gesindecontract die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, für das Verhältniss der Handlungsgehülfen das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch Artt. 57—64; für das der Gewerbsgehülfen das Gewerbegesetz vom 15. Oct. 1861, §§. 59 ff.

Aus jenen Gesetzen ist im Anschlusse an das oben im §. 31 S. 109 Gesagte hervorzuheben, dass die Eingehung eines Gesindecontractes oder eines nach dem Gewerbegesetz

zu beurtheilenden Arbeitsvertrages unter Umständen selbst Unmündigen ohne Beitritt ihrer Väter resp. Vormünder mit rechtlicher Wirkung verstattet ist, indem sie darnach in der Regel nur zur erstmaligen Vermiethung der Einwilligung ihrer Vertreter bedürfen, sowie dass den unmündigen Gewerbsgehülfen zur Führung von Processen aus dgl. Verträgen sogar die Gerichtsfähigkeit ertheilt ist (Gesindeordnung §§. 9—11. Gewerbegesetz §. 64.).

Wegen der sehr detaillirten Bestimmungen der Gesindeordnung betreffs der aus dem Gesindevertrage abzuleitenden Rechte und Pflichten, sowie betreffs des Erlöschens eines derartigen Vertragsverhältnisses ist zu vgl. Haubold Lehrb. §. 100 in den Anmerkungen. Eine in foro besonders oft vorkommende, ihrer Singularität wegen aber nur auf das eigentliche Gesindedienstverhältniss anzuwendende Bestimmung ist die des §. 97 der Gesindeordnung. Darnach soll die Annahme des mit dem Entlassungszeugnisse versehenen Gesindebuchs als Beweis dafür gelten, dass der Dienstbote mit seiner vorzeitigen Entlassung einverstanden gewesen sei, also auch auf die ihm aus dem Vertragsverhältnisse pro futuro etwa noch zustehenden Ansprüche factisch verzichtet habe. Abgesehen hiervon soll aber auch der Dienstbote aus einer intempestiven Auflösung des Dienstverhältnisses Ansprüche dann nicht weiter abzuleiten berechtigt sein, wenn er nicht binnen acht Tagen seine Beschwerde bei der Obrigkeit angebracht hat. Es bedarf jedoch hierzu nicht förmlicher Klaganstellung bei dem Civilrichter, sondern es genügt schon eine Anzeige bei der Polizeibehörde, um das Klagrecht des Dienstboten gegen die Herrschaft zu wahren. Auch ist bei dem Gesindecontracte der Uebergang der Haftung auf die Erben der Dienstherrschaft insofern beschränkt, als nach Gesindeordnung §. 79 die Erben nach dem Tode des Familienoberhauptes den

Contract lediglich bis zur gesetzlichen Abziehzeit fortzusetzen verpflichtet sein sollen.

Zu B. beruhet das Charakteristische in dem durch die verdungene Thätigkeit herzustellenden Werke als einem Ganzen, dem jedoch keineswegs auf der anderen Seite ein in der Form einer Pauschsumme (sog. Accordsumme) festgesetzter einheitlicher Lohn nothwendig zu entsprechen braucht, wie solches aus §. 1246 des B.G.B. in Uebereinstimmung übrigens mit der schon gemeinrechtlich richtigeren Ansicht hervorgehet. Ein Beispiel hierzu zu vergl. Annalen, N. F. II, S. 38 ff.

Zu bemerken ist nur noch:

a. dass bei der sog. locatio conductio operis irregularis, wonach der Besteller des opus zwar eigene, in dasselbe zu verarbeitende Stoffe dazu liefert, aber mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Concession an den redemptor operis, an deren Statt nach seiner Wahl auch eigenes Material verwenden zu dürfen, der hierdurch bedingte Eigenthumsübergang des Stoffes auf den redemptor nach §. 1244 des B.G.B. a. E., nicht wie gemeinhin angenommen wird, schon mit der Hingabe des Stoffes eintritt, sondern erst mit dem Augenblicke der Verwendung des eigenen Materials zu dem bestellten opus;

b. dass nach §. 1252 des B.G.B. der Besteller des opus ebensowenig wie beim Dienstvertrage der Conductor genöthigt werden kann, die bedungene Dienstleistung wirklich in Natur anzunehmen, dass aber bei der locatio conductio operis abweichend vom Dienstvertrage (§. 1239 des B.G.B.) im Falle eines einseitigen Widerrufes der Bestellung durch den Besteller der andere Theil nicht ohne Weiteres wie dort Anspruch auf die bedungene Gegenleistung, sondern nur auf Ersatz des besonders von ihm zu quantificirenden Interesses, also sowohl des damnum emergens, als des lucrum cessans, sowie Vergütung theilweise bereits geleisteter Arbeiten nach antheiligen

Sätzen zu verlangen berechtigt ist. Für das frühere Recht ist zu vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. Bd. XIII, S. 425 ff, 445 ff.

Zu C. Die dem Mäklervertrage als Unterart des Dienstvertrages zu Theil gewordene besondere Behandlung ist, abgesehen von den hier in Frage kommenden besonders gearteteten Diensten (der Vermittelung eines Rechtsgeschäftes), auch noch dadurch genügend gerechtfertigt, dass hier der Anspruch auf das für die übertragene Dienstleistung zugesicherte Mäklerlohn (proxeneticum) ausser durch Ausführung des übernommenen Auftrags weiter auch noch dadurch bedingt erscheint, dass die von dem Mäkler zu Gunsten seines Auftraggebers entwickelte Thätigkeit auch wirklich zu dem beabsichtigten Erfolge (dem Abschlusse des Rechtsgeschäftes) geführt habe. Der Auftraggeber behält es also hier selbst in dem Falle, wenn der Mäkler an sich alles, was an ihm war, gethan hat, um den Geschäftsabschluss zu ermöglichen, dennoch in der Hand, ob der Anspruch auf die zugesicherte Mäklergebühr wirklich zur Existenz kommen solle oder nicht, da es immer noch seinem freien Ermessen anheim gestellt bleibt, ob er das Geschäft zum Abschlusse bringen wolle oder nicht (für das frühere Recht zu vergl. auch die denselben Grundsatz enthaltende Leipziger Mäklerordnung §. 32 in der Gesetzsammlung v. 1833, S. 91 ff.). Die zeitherige Spruchpraxis befolgte insoweit zwar bisweilen, wenn auch nicht ohne Widerspruch, das gegentheilige Princip, indem sie auf den bezeichneten Fall den an sich auch dem Gesetzbuche §. 111 geläufigen Grundsatz anwandte: dass eine Bedingung, deren Eintritt der Promittent vereitele, für eingetreten zu erachten sei (Zeitschr. für Rechtspfl. XVII, 499 ff., Wochenbl. 1860, 437 ff.). Das Gesetzbuch jedoch, indem es in §. 1256 dem Mäkler einen Anspruch auf wirklichen Abschluss des von ihm vorbereiteten Vertrages versagt, kann hiermit füglich

nur die Abschneidung eines Klagrechtes auf Zahlung des Mäklerlohnes in diesem Falle meinen.

Umgekehrt besteht aber auch gegen den Mäkler, selbst nach Uebernahme des Auftrages keine Zwangspflicht zu dessen wirklicher Ausführung (§. 1255 des B.G.B.), so dass also die ausschliessliche Gewähr für eine den beiderseitigen Wünschen entsprechende Gestaltung der Sache lediglich in dem eigenen Vermögensinteresse liegt, das bei beiden Theilen in Bezug auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes vorauszusetzen ist.

Dem Versprechen einer Mäklergebühr für das Zustandekommen einer Heirath ist übrigens durch §. 1259 des B.G.B. im Gegensatze zu der zeither herrschenden Meinung (Ztschr. für Rechtspfl. N. F. XVIII, S. 517. — Annalen, A. F. Bd. I, S. 40 f.) die Klagbarkeit ganz abgesprochen.

§. 121. Hinterlegungsvertrag.

I. Der der wirklichen Deposition vorausgegangene Vertrag auf Hinterlegung giebt nach §. 1261 des B.G.B. demjenigen, der sich zur Aufbewahrung der Sache darnach anheischig gemacht hat, gar kein Klagrecht gegen den Anderen auf Uebergabe der Sache, sondern nur nach Befinden ein solches auf Erstattung der in Erwartung des Depositums etwa bereits von ihm gemachten Auslagen, demjenigen aber, dem sie versprochen wurde, insofern nur ein beschränktes Klagrecht, als einmal hier die clausula rebus sic stantibus eine ausnahmsweise Berücksichtigung finden soll, und als sodann auch die Klage bereits binnen Jahresfrist verjährt.

II. Das depositum irregulare ist in §§. 1274 bis 1277 zum Theil abweichend vom gemeinen Rechte dahin geordnet, dass

1. in einer Mehrzahl von Fällen, wo vertretbare Sachen zur Aufbewahrung übergeben wurden, das Ge-

schäft sich völlig in ein Darlehen verwandeln soll, und zwar soll dies geschehen dann, wenn die Hingabe der Sachen erfolgt

a. unter der gleich Anfangs getroffenen Verabredung der künftigen Restitution eines blossen tantundem, oder

b. mit der gleich anfangs ertheilten oder der später hinzugetretenen Gestattung für den Depositar, die deponirte Sache zu einem bestimmten späteren Zeitpunkte, oder

c. zu einem in sein Belieben gestellten Zeitpunkte verbrauchen zu dürfen.

Indessen besteht zwischen diesen einzelnen Fällen immer noch der Unterschied, dass in dem Falle ad c. erst von dem Augenblicke der wirklichen Benutzung der ertheilten Erlaubniss an, in den Fällen ad a. und b. dagegen gleich von Anbeginn beziehentlich von dem festgesetzten späteren Zeitpunkte an, die Haftung aus dem Darlehen beginnen soll, namentlich also ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit der Depositar in diesen letzterwähnten Fällen von der ertheilten Ermächtigung wirklich Gebrauch gemacht hat oder nicht. Die Verpflichtung zum Tragen der Gefahr soll übrigens selbst in dem Falle ad b. auf den Depositar sofort von dem Empfange der Sache an übergehen.

Weiter ist jedoch

2. der gemeinrechtlich oft mit dem Falle 1a. auf gleiche Linie gestellte Fall zu unterscheiden, wenn ohne besondere Verabredung vertretbare Sachen unverschlossen deponirt werden, indem zwar auch hier im Zweifel die Verbrauchsberechtigung des Depositars als in der Absicht der Paciscenten liegend angenommen werden soll, jedoch mit der nicht unwesentlich abweichenden Folge (§ 1274 des B.G.B.), dass ungeachtet des Ueberganges des Geschäftes in ein Darlehen von dem Augenblicke des Verbrauches an dem Depositar immer noch die Com-

pensations- und Retentionseinreden, bez. die exceptio dominii nur unter denselben Voraussetzungen zustehen, unter welchen dieselben jedem Depositar nach §. 1271 des B.G.B. zukommen.

III. In Fällen, wo die Gesetze die gerichtliche Hinterlegung einer Sache fordern (depositum judiciale), würde der Gerichtsinhaber, also bei uns jetzt in der Regel der Staat, als ein solcher, qui se obtulit, schon mit Rücksicht auf die Ausnahmebestimmung in §. 729 des B.G.B. auch für geringe Fahrlässigkeit haftbar zu machen sein. Indessen bedarf man der Herbeiziehung dieser Vorschrift bei uns deshalb nicht, weil das Generale vom 20. Juni 1817 die Einrichtung des Depositenwesens bei den Patrimonialgerichten betrff., in §. 15 für gerichtliche Depositen aller Art, gleichviel ob dieselben freiwillig oder gezwungen hinterlegt wurden, einen noch weiter gehenden Grad der Haftung aufstellt. Darnach haben nämlich die Gerichtsinhaber dergestalt für sichere Aufbewahrung aufzukommen, dass sie im Falle des Abhandenkommens oder des Unterganges der deponirten Sache sich nur durch den Nachweis eines „ungefähren Zufalles" (vis major, casus fortuitus), der die Sache traf, von der Verpflichtung zum Werthsersatze befreien können. Zugleich ist auch dort noch verfügt, dass für die Integrität des dem Gerichte übergebenen Depositi der jedesmalige Gerichtsherr, also ohne Rücksicht darauf hafte, ob er zur Zeit der Niederlegung der Sache bei Gericht, beziehentlich zur Zeit des Abhandenkommens derselben bereits im Besitze der Gerichtsbarkeit sich befunden habe oder nicht. Diese Vorschriften, welche von jeher analog auch auf die bei königlichen Gerichten hinterlegten Depositen angewandt wurden, sind auch neben dem bürgerlichen Gesetzbuche fernerhin noch als in Kraft bestehend anzusehen.

§. 122. Geschäftsführung vermöge Auftrags und Anweisung.

I. Geschäftsführung in Folge Auftrags.

Unser zeitheriges Particularrecht enthielt nur für das Processmandat, sowie für die von dem Gesetzbuche mit hierher bezogene commendatio eine Reihe von Bestimmungen theils in der Alten und Erl. Processordnung VII. verb. mit Advocatenordnung von 1859, theils in der Decisionen-Gesetzgebung von 1661 (no. 42).

Von den dort aufgestellten Sätzen sind einzelne in das Gesetzbuch übergegangen, beziehentlich zu allgemein gültigen Normen erhoben worden. So wird

a. in ähnlicher Weise, wie die Erl. Processordnung ad tit. VII, §. 2 gewisse Processhandlungen als sogenannte actus specialissimi mandati in dem Sinne aufzählt, dass jeder Sachwalter zu ihrer Vornahme besondere Ermächtigung seiten seines Constituenten bedarf, ein Gleiches auch von dem Gesetzbuche für gewisse ausserprocessualische Acte verlangt. Hierher werden neben mehreren in der Processordnung an anderen Orten bereits genannten Acten (als Erhebung von Geld und Geldeswerth, Abschliessung eines Vergleiches, Verzicht auf Forderungen, oder Rechte an Sachen) auch noch der Ankauf, sowie die Veräusserung von Immobilien, wie überhaupt die Beantragung von Einträgen oder Löschungen im Grund- und Hypothekenbuche, ferner Schenkungen aller Art, sowie die Uebernahme einer wechselmässigen Verpflichtung für den Mandanten und die Compromittirung auf Schiedsspruch gerechnet (§. 1306 des B.G.B.). Weiter findet sich

b. die bisher nur für den Sachwalterstand bestehende rein disciplinelle Vorschrift der Advocatenordnung §. 16, dass der Sachwalter über die Annahme oder die Ablehnung eines ihm angetragenen Mandats sich ungesäumt zu erklären habe, in §. 1298 des B.G.B. für alle Personen, die zur Führung fremder Geschäfte öffentlich bestellt

sind, oder sich dazu öffentlich angeboten haben, dahin erweitert, dass, wenn sie nicht umgehend einen an sie gerichteten Auftrag ablehnen, derselbe für acceptirt gelten solle.

c. Während das Recht zur Bestellung eines Unterbevollmächtigten gemeinrechtlich dem Mandatar auch ohne besondere Ermächtigung zustehet und derselbe insoweit in der Regel nur die culpa in eligendo zu vertreten hat, gingen unsre Processualisten in Bezug auf das Processmandat gemäss der Erl. Processordnung ad tit. VII, 2, früherhin davon aus, dass es zwar der ausdrücklichen Aufnahme der clausula substituendi in die Processvollmacht nicht bedürfe, um den Hauptbevollmächtigten zur Substitution zu berechtigen und den bestellten Substituten als legitimirt erscheinen zu lassen, dass aber diese Clausel für das Rechtsverhältniss zwischen Mandanten und Mandatar insofern allerdings von Bedeutung sei, als bei deren Mangel der Hauptbevollmächtigte alle Handlungen und Unterlassungen seines Substituten zu vertreten habe (Biener systema processus jud. Sax. §. 36 a. E. — Osterloh, Handbuch §. 181, Anm. 23). Die Advocatenordnung §. 18 ändert Letzteres dahin ab, dass, abgesehen von dem Falle des ausdrücklichen Verbotes der Substitution, die Bestellung des Unterbevollmächtigten, sobald nur bei dessen Auswahl Nichts versehen wurde, auf Rechnung und Gefahr des Auftraggebers gehe. Hierbei wird es auch künftig zu bewenden haben.

Für die übrigen Fälle des Mandates dagegen erscheint das Recht zu substituiren nach §. 1307 des B.G.B. umgekehrt der Regel nach als ausgeschlossen, jedoch nach §. 1308 des B.G.B. nur in dem Sinne, dass der Mandatar in der Regel und so lange nicht einer der im vorigen Paragraphen erwähnten Ausnahmefälle vorliegt für die Handlungen und Unterlassungen seines Substituten unbedingt verantwortlich bleibt.

d. Die blosse Rathsertheilung oder Empfehlung (commendatio) macht den, von welchem dieselbe ausging, beim Mangel eines ihm zur Last fallenden dolus noch nicht für den durch die Befolgung des Rathes dem Andern etwa erwachsenen Schaden verantwortlich (§. 1301 des B.G.B.), und zwar soll ein Auftrag, der lediglich die eigenen Geschäfte des Mandatars selbst betraf, nach §. 1300 des B.G.B. als eine derartige blosse Rathsertheilung beurtheilt werden. Der erstere Grundsatz findet sich schon in dec. 42 von 1661 im Gegensatze zu dem förmlichen Creditauftrage ausgesprochen. Das Gesetzbuch dagegen erstreckt die Haftung für eine in ihren Folgen schädliche Rathsertheilung oder Empfehlung über den Fall des dolus hinaus auch auf Fälle blosser Fahrlässigkeit ausnahmsweise dann, wenn der Rathgebende durch Amtspflicht, Beruf oder Vertrag zur Rathertheilung oder Empfehlung verpflichtet war.

II. Anweisung (assignatio).

Abgesehen von den nicht hierher gehörigen sogenannten kaufmännischen Anweisungen (zu vergl. oben §. 64, II, S. 239) galt schon nach zeitherigem Rechte bei uns in Gemässheit des Mandates vom 23. December 1699 (2. Januar 1700) der Grundsatz: assignatio non est solutio, d. h. die Annahme des Eincassirungsmandates bringt die dem Assignatar an den Assignanten etwa zustehende Forderung, zu deren Deckung der angewiesene Forderungsbetrag dienen sollte, an sich noch nicht zur Erlöschung; vielmehr ist der Erstere nicht behindert, falls er bei dem Assignaten seine Befriedigung nicht erhielt, sein Forderungsrecht an den Assignanten geltend zu machen. Nur für den Fall sollte nach obigem Mandate ein Anderes gelten, wenn der Assignatar darüber, dass die Assignation in modum delegationis oder in vim dationis in solutum gelten sollte, sich in Schriften erklärt und demgemäss

an den Assignanten eine Quittung ausgestellt habe. Das Gesetzbuch §. 1337 wiederholt zwar im Allgemeinen den Grundsatz, dass die Assignation im Zweifel nicht als Zahlung wirken solle, aber ohne die Gültigkeit einer diesen Satz im einzelnen Falle modificirenden vertragsmässigen Festsetzung weiter an besondere Formen zu knüpfen, und führt somit die Frage ganz auf die allgemeinen über den Neuerungsvertrag geltenden Grundsätze zurück. Zugleich wird auch noch an dem weiteren Satze festgehalten, dass die Anweisung nicht eine Uebertragung der dem Assignanten an den Assignaten etwa zustehenden Forderung auf den Assignatar enthält, und dem Letzteren daher nur erst unter der Voraussetzung, dass der Angewiesene ihm gegenüber die Anweisung annimmt, ein Klagerecht gegen diesen verschafft (§. 1338 verb. m. §. 1329 des B.G.B.).

§. 123. Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. Der Behandlung dieser Lehre liegt der auch in den Motiven besonders hervorgehobene, unzweifelhaft richtige Gedanke zu Grunde, dass die actio negotiorum gestorum directa und contraria sich keineswegs gegenseitig decken, dass also m. a. W. die Bestimmung des Begriffes der negotiorum gestio anders ausfallen müsse, wenn es sich fragt, ob der Geschäftsbesorger mit der actio negotiorum gestorum directa belangbar sei, als da, wo es sich um einen gegen den Geschäftsherrn zu verfolgenden Anspruch des Geschäfsführers aus der auftragslosen Geschäftsbesorgung handelt. Nur für Fälle der letzteren Art kann insbesondere auf den Willen des gestor, sich dem Geschäftsherrn zu verpflichten, oder darauf etwas ankommen, ob die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn eine nothwendige oder auch nur nützliche war, während der Anspruch des Geschäftsherrn gegen den gestor ohne Rücksicht hierauf auch in den Fällen

begründet erscheinen kann, wo der Letztere aus eigensüchtigen Motiven oder vielleicht ganz ohne Kenntniss davon, dass er fremde Geschäfte besorge, in die Angelegenheiten des Ersteren sich eingemischt hat. Hieraus erklären sich einerseits die Bestimmungen in §§. 1342, 1352, 1356 des B.G.B., andererseits die Vorschrift in §. 1343 des B.G.B. Im Falle einer verbotswidrigen, auftraglosen Geschäftsführung fällt jeder Anspruch des Geschäftsbesorgers gegen den dominus in der Regel weg, selbst der auf eine etwaige Bereicherung des letzteren (§. 1355 des B.G.B., Abs. 1, — l. ult. C. de negotiis gestis II., 18).

Nur wenn die Geschäftsführung darin bestand, dass der gestor für den dominus gewisse gesetzliche Verpflichtungen erfüllte, ist selbst ein vorausgegangenes Verbot des Letzteren nicht geeignet, die Ersatzklage des gestor, soweit die Voraussetzungen hierzu sonst vorliegen, auszuschliessen. Insofern zu diesen Verpflichtungen auch die zur Besorgung einer Leichenbestattung, welche dem dominus oblag, gezählt wird, giebt §. 1355 des B.G.B. zugleich die von der actio funeraria geltenden gemeinrechtlichen Grundsätze wieder.

II. Der Dritte, mit welchem der gestor im Interesse des Geschäftsherrn als dessen Stellvertreter contrahirte, kann in der Regel nur im Falle einer nachmaligen Ratihabition des Geschäftes seiten des dominus gegen diesen unmittelbar daraus klagen. Ist diese Ratihabition ausgeschlossen, weil der gestor überhaupt nicht in der Eigenschaft als Stellvertreter, sondern im eigenen Namen mit dem dritten contrahirt hatte, so kann der Dritte nur unter der Voraussetzung einer dem Geschäftsherrn aus dem Geschäfte zugeflossenen Bereicherung bis zu dem Betrage der letzteren einen unmittelbaren Anspruch gegen denselben formiren, ohne dass es jedoch hierbei (wie wenigstens unsere zeitherige Praxis meist annahm, zu

vergl. Beck in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. I., S. 120 ff.) noch darauf etwas ankäme, ob der Dritte zur Zeit des Contractsabschlusses darum gewusst habe, dass der Vertrag den Vortheil des dominus bezwecke (§. 791 verb. m. §. 789 des B.G.B.).

Von den bei Haubold, Lehrbuch §. 269 a (3. Aufl., Anm. e.) aufgezählten eine Klage auf Bereicherung erwähnenden älteren Sächsischen Gesetzen hat sich die Vorschrift der dec. 16. von 1661 schon früher erledigt (zu vergl. oben §. 115, IV.), während das Rescript vom 4. Juli 1723 und die allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XIII., §. 8 hier überhaupt nicht einschlagen, insofern dort nur der Fall behandelt wird, wenn das Vermögen einer Ehefrau oder eines Unmündigen unmittelbar und ohne Dazwischenkunft der Geschäftsführung eines Dritten realiter auf Kosten eines Anderen vermehrt wird.

Dagegen gehört allerdings hierher die dort nicht erwähnte und auch künftig noch fortgeltende Bestimmung in §. 76 der Gesindeordnung, wo die Herrschaft zur Bezahlung der von dem Gesinde auf ihren Namen bei Kaufleuten und Handwerkern ausgenommenen Waaren auch ohne den Nachweis eines diesfalls bestandenen Auftragsverhältnisses dann für verpflichtet erklärt wird, wenn die Waaren von dem Gesinde an die Herrschaft abgeliefert und von dieser angenommen worden sind; und zwar reicht diese Bestimmung über den Umfang der gemeinrechtlichen actio de in rem verso utilis insofern sogar hinaus, als sich hiernach die Herrschaft gegen den Anspruch des Verkäufers nicht einmal durch den Nachweis schützen kann, dass sie dem Gesinde das zum Ankaufe der Waare erforderliche Geld eingehändigt gehabt habe.

§. 124. Vom Gesellschaftsvertrage.

Der practisch wichtigste Fall, der der offenen Handelsgesellschaft, welcher seine ausführliche Regulirung in dem Handelsgesetzbuche findet, ist dem Gebiete des Handelsrechtes zu überweisen. Hier ist nur hervorzuheben:

1. dass (abgesehen also von dem Falle der offenen Handelsgesellschaft) eine solidarische Haftung der einzelnen socii aus einem für die Societät mit einem Dritten eingegangenen Geschäfte von dem bürgerlichen Gesetzbuche nach §. 1378 selbst dann nicht mehr statuirt wird, wenn der Geschäftsabschluss durch einen gemeinschaftlichen Stellvertreter der socii (institor) erfolgt;

2. dass eine auf bestimmte Zeit eingegangene Societät zwar auch schon vor Ablauf des certum tempus, aber nur aus einem der in §. 1381 des B.G.B. aufgezählten fünf speciellen Gründe mit rechtlicher Wirkung gekündigt werden kann, ein völliger Verzicht auf das Kündigungsrecht dagegen in §. 1382 des B.G.B. schlechthin für nichtig erklärt wird;

3. dass der Tod eines der socii nicht unbedingt mehr die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt, sondern auch die Möglichkeit, den Societätsvertrag auf die Erben zu stellen, in der Weise statuirt wird, dass dadurch ebensowohl die Berechtigung als die Verpflichtung für die Erben begründet wird, die Societät mit den überlebenden sociis ihres Erblassers fortzusetzen (§§. 1383, 1386 des B.G.B., verb. m. Art. 123 des A. D. Handelsgesetzbuchs).

§. 125. Vom Anerkenntnissvertrage und der Schuldübernahme.

I. Anerkenntnissvertrag.

Für den Standpunkt des Gesetzbuches in dieser gemeinrechtlich noch immer sehr bestrittenen Lehre, und

namentlich für dessen Stellung zu der Frage über die Wirksamkeit einer sogenannten cautio indiscreta (zu vgl. Windscheid, Lehrb. der Pand. §. 412 b, not. 2) ist dasjenige entscheidend geworden, was bereits oben §. 104, II. über die in Sachsen schon zeither herrschend gewesene Ansicht wegen Entbehrlichkeit der Angabe einer causa debendi specialis bei Verträgen im Allgemeinen bemerkt worden ist. Im Anschlusse hieran war natürlich auch beim Anerkenntnissvertrage von der Aufstellung dieses Erfordernisses abzusehen, so dass sich derselbe von einem sonstigen von seiner causa abstrahirenden Zahlungsversprechen, resp. Schuldbekenntnisse nur durch die bei ihm hervortretende Beziehung auf ein früher bereits bestandenes Schuldverhältniss unterscheidet, welches durch den Anerkenntnissvertrag festgestellt werden soll. Festzuhalten ist hierbei, dass das Schuldanerkenntniss, wie überhaupt in der Regel jede obligatorische Willenserklärung, um zu einem bindenden Vertrage zu werden, der ausdrücklichen oder factischen Annahme seiten des Gläubigers bedarf (§. 1397 des B.G.B.). Wird daher das Schuldanerkenntniss schriftlich abgegeben, so liegt das rechtsverbindende Moment nicht schon in der Niederschrift oder Unterzeichnung des betreffenden Schriftstückes, sondern erst in der Aushändigung desselben an den Gläubiger und der Annahme seiten des Letzteren (§. 1398 des B.G.B.).

Das blosse aussergerichtliche Zugeständniss, z. B. zu einem frühern Zeitpuncte ein Versprechen ertheilt oder einen Vertrag mit Jemand eingegangen zu haben, auch wenn dasselbe dem Gläubiger gegenüber gemacht wurde, darf mit dem Schuldanerkenntnisse nicht verwechselt werden; vielmehr kann dasselbe im Processe nur als Beweismittel benützt werden, und ob es mündlich oder schriftlich erfolgt, macht hierbei nur insofern einen Unterschied, als bei dem schriftlichen Zugeständnisse der

animus confitendi jederzeit vorausgesetzt wird, während bei dem mündlichen aussergerichtlichen Zugeständnisse die Ernstlichkeit der Erklärung in jedem einzelnen Falle erst aus den concurrirenden Umständen entnommen werden kann, und dasselbe daher in der Regel höchstens nur als Material für eine künstliche Beweisführung brauchbar bleibt. Ob aber ein blosses derartiges aussergerichtliches Zugeständniss oder ein wirklicher Anerkenntnissvertrag vorliegt, lässt sich im einzelnen Falle häufig nur darnach entscheiden, ob sich in der betreffenden Erklärung der Wille des Schuldners ausspricht, einen neuen rechtsverbindlichen Dispositionsact mit Bezug auf die vorhandene causa praecedens einzugehen oder nicht.

Der Umstand, dass das Schuldanerkenntniss am Schlusse und im Verfolge einer vorher stattgefundenen gegenseitigen Berechnung abgegeben worden ist, begründet an sich keinen begrifflichen Unterschied, sondern erleichtert nur in der Regel die Beantwortung der Frage, ob der betreffenden Erklärung wirklich jener rechtsverbindende Dispositionswille zu Grunde gelegen habe oder nicht. Nur die negative Bedeutung dieses sogenannten Abrechnungsvertrages wird daher in §. 1401 des B.G.B. besonders hervorgehoben, dass, wenn feststehet, es sei der betreffende Anerkenntnissvertrag auf Grund vorausgegangener Berechnung erfolgt, daraus allein noch nicht daraut geschlossen werden dürfe, es seien alle zwischen den Parteien damals schwebende Schuldverhältnisse Gegenstand der Berechnung gewesen und es schliesse somit die vertragsmässige Feststellung des Rechnungsguthabens für den Gläubiger überhaupt die Möglichkeit aus, neben diesem Guthaben noch weitere in die Zeit vor der Abrechnung zurückfallende Schuldforderungen besonders geltend machen zu können.

Die practische Wichtigkeit des Anerkennungsvertrages zeigt sich übrigens theils darin, dass der Gläubiger

bei Geltendmachung seiner Forderung nicht weiter auf das ursprüngliche Rechtsverhältniss zurückzugehen braucht, wie dies bei der Römischen actio constitutoria nothwendig war (§. 1397 des B.G.B.), theils und vornehmlich in der Wirkung auf die dem ursprünglichen Schuldverhältnisse entgegenstehenden Einreden (§. 1399 des B.G.B.). Insofern nämlich das Gesetzbuch in dem Anerkenntnissvertrage weder ein blosses Erfüllungsversprechen (wie das Römischrechtliche constitutum debiti proprii), noch auch einen blossen sogenannten Beweisvertrag erblickt wissen will, sondern ihn als ein, wenn auch nur accessorisches Schuldversprechen auffasst, durch welches der Schuldner erklärt, dass er eine gewisse Schuld als festgestellt und existirend annehme, überhebt es den Gläubiger nicht bloss der Nothwendigkeit, die anerkannte Schuld ihren ursprünglichen factischen Voraussetzungen nach in der Klage schlüssig darzulegen und da nöthig zu erweisen, sondern es beschränkt auch den Schuldner bei seiner exceptivischen Vertheidigung in der Regel nur noch auf solche Momente, die der Zeit nach hinter dem Schuldanerkenntnisse liegen. Von den älteren Exceptionen verbleiben ihm dem Anerkenntnissvertrage gegenüber unbedingt nur die, welche darauf hinauslaufen, dass der Ursprungsforderung ein Prohibitivgesetz gegenübergestanden habe, sowie nach Befinden die Compensationseinrede. Diese letztere nämlich auch nur dann, wenn er nicht etwa bei Gelegenheit des Schuldanerkenntnisses zugleich baare Zahlung oder Zahlung zu einem bestimmten Zwecke versprochen haben sollte, welchenfalls schon gemäss des §. 996 ausgesprochenen allgemeinen Principes die Beachtlichkeit der Compensationseinrede gleichfalls ausgeschlossen sein würde. Alle übrigen früher bestandenen Einreden setzen zu ihrer Geltendmachung die vorgängige Hinwegräumung des in dem Anerkenntnissvertrage liegenden neuen Schuldgrundes voraus, müssen also

zugleich mit Darlegung von Momenten verbunden werden, aus welchen die Unverbindlichkeit des Anerkenntnissvertrages an sich folgte, und es gehören hierher alle von den Gesetzen anerkannte Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.

Der blosse einfache Gegenbeweis der Nichtexistenz der den Gegenstand des Schuldanerkenntnisses bildenden Schuld ist dagegen in keinem Falle geeignet, den Schuldner von seiner selbständigen Haftung aus dem Anerkenntnissvertrage zu befreien.

II. Schuldübernahme.

Hierunter ist nach dem Gesetzbuche nur der von dem Schuldner mit einem Dritten, dem Schuldübernehmer abgeschlossene Vertrag gemeint, der also für den Schuldner nur erst einen gegen diesen Dritten wirksamen Anspruch auf Befreiung von seiner Schuld erzeugt (§§. 1402 ff. des B.G.B.). Der Gläubiger, der bei der Schuldübernahme nicht als concurrirend gedacht wird, erlangt aus derselben seinerseits nur Rechte nach den oben §. 106, 3 erwähnten Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter. Dem von dem Gläubiger in Anspruch genommenen Schuldübernehmer stehen übrigens alle dem Schuldner selbst zustehenden Einreden dem Ersteren gegenüber zu Gebote (§§. 1405, 1406 des B.G.B.). Dagegen versteht sich von selbst, dass sich der Schuldübernehmer weder seinem Mitcontrahenten noch auch dem Gläubiger gegenüber an sich keineswegs schon dadurch zu befreien vermag, wenn er einen Dritten zu anderweiter Uebernahme der Schuld bestimmt (§§. 1407, 1408 des B.G.B.). Der bereits oben §. 75, S. 280 unter 3 in der Lehre vom Pfandrechte betreffs der Uebernahme von hypothekarischen Forderungen bei Gelegenheit der Erwerbung des verpfändeten Grundstückes erwähnte hierher gehörige Hauptfall bildet daher hiervon eine Ausnahme, jedoch nur insofern, als bei der

Weiterveräusserung des verpflichteten Grundstückes sich zwar die Obligation des Schuldübernehmers gegen den Gläubiger, nicht aber auch gegen den früheren Besitzer des Grundstückes erledigt.

Auch wenn der Gläubiger von dem ihm aus der Schuldübernahme und seinem nachmaligen Beitritte zu selbiger erwachsenden Rechte Gebrauch macht, so hat solches doch die Befreiung des ursprünglichen Schuldners an sich nicht zur Folge; diese kann vielmehr, abgesehen von den allgemeinen Erlöschungsgründen, insbesondere von der durch den Schuldübernehmer bewirkten Tilgung der Schuld, immer nur unter den für den Neuerungsvertrag geltenden Voraussetzungen herbeigeführt werden.

§. 126. Vergleich.

I. Im Gegensatz zu dem blossen Remisse, Schulderlasse, setzt der Vergleich zwar der Regel nach ein noch streitiges Rechtsverhältniss und ein Nachlassen beider Theile von den ihnen angeblich gegenseitig zustehenden Rechten voraus, und es gilt daher auch insoweit bei uns noch der gemeinrechtliche Grundsatz, dass de re judicata gültiger Weise nicht transigirt werden könne. Gleichwohl wird, wie schon bisher, auch noch künftig nach §. 1409 des B.G.B. eine auf rechtskräftigem Erkenntnisse beruhende Forderung dann Gegenstand des Vergleiches sein können, wenn es sich z. B. um Beseitigung von Hindernissen handelte, die einer alsbaldigen erfolgreichen Realisirung der in dem Erkenntnisse ausgedrückten Forderung entgegenstehen (vergl. auch insoweit Executionsgesetz vom 28. Februar 1838, §. 21 unter b).

II. Die durch Rescript vom 17. Juli 1794 wiederholte Vorschrift des Römischen Rechtes (c. 8 C. de transactionibus II, 4), dass ein Vergleich über zukünftige, auf letztwilliger Verfügung beruhende Alimente zu seiner Gültigkeit richterlicher Decretsertheilung bedürfen solle,

ist von dem Gesetzbuche nicht mit aufgenommen worden, und was die in der Erl. Processordnung ad tit. I, §. 14 getroffene Bestimmung anlangt, dass der von dem Processgegner mit einem geschworenen Armen abgeschlossene Vergleich ohne Genehmigung des Processgerichts nicht gültig sein solle, so hat diese überhaupt nur die Wahrung des Sportelinteresses im Auge, sie erledigt sich daher auch, sobald die auf Seiten des Armen rückständigen Kosten gedeckt sind (zu vergl. das angezogene Rescript von 1794). Ebenso ist von der in §. 85 des Executionsgesetzes vorgeschriebenen Abschliessung des Vergleiches vor dem Processgerichte nur die sofortige Executionsfähigkeit, keineswegs aber die civilrechtliche Gültigkeit des Vergleichs abhängig.

III. Mit dem Wegfalle der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte wegen enormer Verletzung erledigt sich natürlich auch die Möglichkeit der Anfechtung eines Vergleichs aus diesem Grunde und damit die an die Interpretation der ziemlich dunkeln const. 34 pte. II. sich anknüpfende Reihe von Streitfragen von selbst. Ueber deren Auslegung zu vgl. Zeitschrift für Rechtspflege N. F., Bd. XIII., S. 231.

Jetzt ist nur noch der Irrthum als möglicherweise vorkommender Anfechtungsgrund besonders erwähnt, aber auch nur für die Fälle, wo derselbe Puncte betraf, die unter den Transigirenden zur Zeit des Vergleichsabschlusses gar nicht mehr als streitige galten (§. 1411 des B.G.B.).

IV. Zum Theil neu ist übrigens noch die Bestimmung in §. 1416 des B.G.B., wonach der Rücktritt vom Vergleiche und sogar die Rückforderung des bereits daraus Geleisteten dann freigestellt bleibt, wenn der andere Theil den durch Vergleich erledigten Anspruch unter Ignorirung des Vergleiches dennoch gerichtlich geltend macht.

§. 127. Nebenverträge.

I. Unter der Verabredung der Rechtsverwirkung begreift das Gesetzbuch nicht allein den Fall, wenn die Nichterfüllung der dem einen Paciscenten obliegenden Vertragsleistung bis zu einem bestimmten Zeitpuncte als Resolutivbedingung in Ansehung des gesammten beiderseitigen Vertragsverhältnisses wirken soll (lex commissoria), als auch den Fall, wenn das Ausbleiben der Leistung zu dem gesetzlichen Zeitpuncte für den Säumigen entweder die Aufhebung seines Vertragsrechtes bloss pro futuro oder vielleicht sogar nur den Verlust gewisser einzelner Vertragsvortheile (z. B. Verlust der Unkündbarkeit der Forderung oder betreffs einer ihm zugestandenen terminweisen Zahlung, betreffs der Höhe der Verzinsung u. s. f.) zur Folge haben soll (sog. cassatorische Clausel, eine Species der allgemeinen lex commissoria).

In beiden Fällen ist es zwar an sich ganz in das Belieben des andern Theiles gestellt, ob er die eingetretene Bedingung für sich geltend machen wolle oder nicht; in dem ersteren ist dies jedoch nur mit der Wirkung möglich, dass nunmehr der ganze Vertrag als nicht geschlossen gilt, weshalb nicht bloss das von der einen, wie von der andern Seite bereits Geleistete zurückzugeben ist, sondern auch eine von dem Berechtigten nach Eintritt der Bedingung angenommene, resp. geforderte, selbst nur theilweise Vertragserfüllung ihn seines Rechtes aus der lex commissoria ohne Weiteres verlustig macht (§§. 1436, 1437 des B.G.B.). In dem anderen Falle dagegen ist die Berufung auf die eingetretene Rechtsverwirkung, insbesondere das Verlangen nach Aufhebung des Vertrages pro futuro mit der Forderung und Einhebung der auf die Zeit vor Eintritt der Bedingung bereits verfallenen Leistungen vollkommen vereinbar, und es bedarf hierbei zur Wahrung des diesfallsigen

Rechtes nicht einmal eines von dem Berechtigten zu stellenden Vorbehaltes (§. 1438 des B.B.G.). Der oben in §. 119, C. 3 erwähnte Fall einer **gesetzlichen** cassatorischen Clausel beim Pacht- oder Miethvertrage unterscheidet sich aber hiervon insofern, als dort der Verpachter oder Vermiether seines mit Verfall zweier Pacht- oder Miethzinsraten begründeten Expulsionsrechtes allerdings dann verlustig gehen soll, wenn er die rückständigen Termine, bevor er noch von dem Vertrage abgehen zu wollen erklärt hat, nachträglich annimmt.

In allen diesen Fällen ist übrigens das Ausbleiben der Leistung gegen die Regel des §. 171 des B.G.B. nicht von dem Berechtigten, sondern umgekehrt von dem Verpflichteten, gegen welchen die Rechtsverwirkung geltend gemacht wird, die Erfüllung zu beweisen (§. 1439 des B.G.B.).

II. Conventionalstrafe.

Dieselbe gilt nach dem Gesetzbuche im Zweifel als Surrogat für die in der Hauptobligation begriffene Leistung, so dass der Gläubiger im Falle ihrer Verwirkung in der Regel nur die Wahl hat, ob er die ursprünglich schuldige Leistung oder die Strafe fordern wolle (§. 1428 des B.G.B.). Nur rücksichtlich einer Conventionalstrafe, welche ausdrücklich für den Fall verspäteter Leistung oder der Leistung am unrechten Orte stipulirt wurde, gilt insofern ein Anderes, als sie bis zum Nachweise einer gegentheiligen Absicht lediglich das Verzugs- resp. Ortsinteresse zu repräsentiren bestimmt ist, also **neben** der Hauptleistung gefordert werden kann, weshalb sie auch bei der späteren Annahme der letzteren nicht besonders durch Vorbehalt gewahrt zu werden braucht (§ 1429 des B.G.B.). Rücksichtlich der Beweislast gelten für den Fall des Ausbleibens einer positiven Leistung, auf welche die Conventionalstrafe gestellt war,

die oben I, a. E. gedachten Grundsätze gleichfalls (§. 1435 des B.G.B.).

III. Uebereinkommen auf Schiedsspruch.

Die fortdauernde Klagbarkeit eines auf Unterwerfung unter schiedsrichterliche Entscheidung gerichteten Compromisses wurde schon zeither, und ungeachtet der aus dem Mandate zur Publication der Erläuterten Processordnung bisweilen abgeleiteten Bedenken von unserer Praxis anerkannt (Ann. A. F., Bd. IV., S. 394). Das Gesetzbuch hat das Institut im Wesentlichen in der Gestalt, die dasselbe im heutigen Pandectenrechte erhalten hat, aufgenommen (§§. 1417 ff. des B.G.B.).

Ein rechtlicher Zwang auf Ertheilung des Schiedsspruches findet dagegen wider den Arbiter, selbst wenn das receptum mit ihm bereits zu Stande gekommen sein sollte, nicht statt, wie sich theils aus §. 1418, theils aus §. 1421 des B.G.B. ergiebt, insofern hier das zwischen dem Arbiter und den streitenden Theilen stattfindende Rechtsverhältniss unter die von dem Mandate geltenden Grundsätze gestellt worden ist. Erweist sich demzufolge das Uebereinkommen als unausführbar, so tritt der gewöhnliche Rechtsweg ein.

Auf Ableistung eines aussergerichtlichen Eides kann übrigens gültiger Weise nicht mehr compromittirt werden (§. 1427 des B.G.B.).

IV. Wegen des Drauf- und Angeldes (arrha) ist zu vgl. Bürgerliches Gesetzbuch §§. 893 ff., und für unser zeitheriges Recht, Haubold, §. 297. — Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, §. 22.

V. Wegen der pactirten Unterwerfung des Schuldners unter die Schuldhaft und die Zulässigkeit resp. Wirksamkeit einer derartigen Verabredung ist zu vergl. für das ältere Recht Haubold, §. 301, und für das spätere

das ausführliche Specialgesetz vom 7. Juni 1849 verb. m. Erläuterungsgesetz zur Wechselordnung vom 10. März 1864, Nov. II. *)

§. 128. **Fortsetzung.**

VI. Die Bürgschaft.

a. Die accessorische Natur der Bürgschaft findet sich zwar in §§. 1449, 1454 ff. als Regel festgehalten und es erscheint dieselbe daher demgemäss an die Voraussetzung des Vorhandenseins einer Hauptschuld geknüpft, für welche der Bürge dem Gläubiger einzustehen verspricht. Indessen kennt das Gesetzbuch doch insofern mehrere anomale Fälle, als es die wissentliche Verbürgung für eine bereits verjährte Forderung, sowie überhaupt die Bürgschaftsleistung für eine solche gestattet, die zur Zeit der Verbürgung nicht mehr zu Recht bestand (§. 1454, Abs. 2; §. 1459, Abs. 2). Hieraus folgt, dass, während der Bürge sich der Regel nach gegen den Gläubiger aller Einreden des Hauptschuldners bedienen darf, er in diesen Fällen weder auf die Verjährung noch auf die sonstigen Gründe der ihm bekannten Nichtexistenz, resp. des Erloschenseins der Forderung sich mit Erfolg berufen kann. Abgesehen hiervon ändert es an dem Begriffe der Bürgschaft an sich Nichts, wenn der Bürge an Stelle des in der Hauptschuld begriffenen Gegenstandes einen andern zu leisten verspricht. Nur darf derselbe nicht von höherem Werthe als der ursprünglich geschuldete sein. Soweit solches der Fall ist, oder soweit sich der Bürge sonst für einen

*) Durch das Norddeutsche Bundesgesetz vom 29. Mai 1868, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, ist der Personalarrest als Executionsmittel zur Eintreibung einer Geldzahlung oder der Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere beseitigt (§. 1), es sind daher jetzt die im Texte angezogenen gesetzlichen Vorschriften ausser Kraft gesetzt (§. 4).

30*

höhern Betrag oder unter härteren Bedingungen verpflichtet, ist zwar die Zusage heutzutage keineswegs ohne Weiteres ungültig, aber nicht als Bürgschaft, sondern als eine selbständige Forderung zu beurtheilen (§. 1455). Es sind dies also grösstentheils die Fälle, welche gemeinrechtlich unter das im Gesetzbuche nicht als selbständige Vertragsgattung auftretende constitutum debiti alieni gerechnet zu werden pflegen (Arndts Lehrb. der Pand. §. 353, Anm. 4).

b. Die gemeinrechtlich sogenannten Rechtswohlthaten des Bürgen (beneficium divisionis, cedendarum actionum, ordinis sive excussionis) behandelte unser zeitheriges Recht nicht bloss insgesammt noch als practisch, sondern begünstigte sie auch insofern nicht unwesentlich, als einmal nach const. 17, pte. II. ein Generalverzicht auf dieselben, dafern nicht wenigstens eines davon speciell und unter Anhängung der allgemeinen Verzichtsclausel aufgeführt worden war, für unbeachtlich erklärt wurde, und sodann insofern, als selbst die Erklärung des Bürgen, als Selbstschuldner haften zu wollen, nach const. 18 pte. II. nicht als Verzicht auf das beneficium ordinis aufgefasst werden sollte.

Von diesen Singularitäten ist die letztere durch §. 1462 des B.G.B. ausdrücklich und die erstere factisch dadurch beseitigt, dass das Gesetzbuch ein beneficium divisionis in Gemässheit des oben S. 410 ff. in der Lehre von den Gesammtschuldverhältnissen Bemerkten überhaupt nicht mehr und auch das Recht auf Klagabtretung für den Bürgen nur noch in der Gestalt kennt, in welcher es jedem Dritten, der eine fremde Schuld bezahlt, nach §. 955 des B.G.B. zu Statten kommt. Insbesondere lässt sich auch aus der Vorschrift in §. 1466 des B.G.B. eine die Forthaftung des Bürgen bedingende Verpflichtung des Gläubigers, sich zu der dereinstigen Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner an den zahlenden Bürgen

im Stande zu erhalten, keineswegs ohne Weiteres folgern. Dagegen ist das beneficium ordinis in §§ 1461 ff. des B.G.B. vollständig beibehalten, soweit nicht im einzelnen Falle ein ausdrücklicher oder factischer Verzicht, beziehentlich einer der gesetzlichen Ausschliessungsgründe vorliegt. Dass aber eine Bezugnahme auf die vorher erfolgte vergebliche Ausklagung des Hauptschuldners oder auf das Vorhandensein einer dieser Ausschliessungsgründe auch künftig nicht als Bestandtheil der gewöhnlichen Bürgschaftsklage gedacht werden dürfe, ergiebt sich zur Genüge aus der selbständigen Behandlung der Schadlosbürgschaft in §§. 1452 u. 1463 des B.G.B. Die ausdrückliche Berufung auf die exceptio excussionis wird daher auch künftig jedesmal erst Sache des verklagten Bürgen sein, wie denn auch in Zukunft voraussetzlich an der extensiven Interpretation der Erl. Processordnung ad tit. XVI, 3 festgehalten werden wird, wonach der gemeinrechtlich dem Bürgen als Strafe seines frivolen Leugnens der Bürgschaft angedrohte Verlust des beneficium divisionis auch auf das beneficium ordinis bezogen und demgemäss, sobald der Beklagte die Bürgschaft leugnet, die von ihm selbst ausdrücklich vorgeschützte exceptio excussionis der Regel nach überhaupt unberücksichtigt bleibt, gleichviel übrigens ob die Klage auf Eid gestellt war oder nicht.

c. Betreffs der Erlöschung der Bürgschaft hatte const. 20, pte. II. zwar den Uebergang der bürgschaftlichen Haftung auch auf den Erben des Bürgen im Allgemeinen anerkannt, dagegen diesen Uebergang dann verneint, wenn der Schuldner für den Fall des Todes des Bürgen dem Gläubiger einen anderen Bürgen zu stellen versprochen habe. Das Gesetzbuch beseitigt diese Ausnahme stillschweigend, dagegen hat es den Inhalt von const. 19, pte. II. im Wesentlichen wieder aufgenommen. Diese Constitution ging nämlich nicht bloss davon aus, dass die dem Hauptschuldner ertheilte Gestundung an

und für sich den Bürgen nicht befreie, sondern räumte selbst dann, wenn die Bürgschaft ad tempus certum eingegangen war, nach Ablauf dieser Zeit dem Gläubiger immer noch eine dreimonatige Frist ein, binnen welcher es ihm freistehen solle, sich an den Bürgen zu halten. Das Gesetzbuch im §. 1467 setzt diese Frist auf eine 30tägige herab, fügt aber im Uebrigen dem obigen Grundsatze noch die Ausnahme hinzu, dass die einseitige Gestundung dann allerdings Erlöschen der bürgschaftlichen Haft zur Folge haben solle, wenn der gestundende Gläubiger die misslichen Vermögensverhältnisse des nachher insolvent gewordenen Hauptschuldners erweislich gekannt habe. (Ueber die Interpretation der 19. Constitution ist zu vergl. Ztschrft. für Rechtspfl. Bd. XIII. S. 524, no. 198.)

d. Das mandatum qualificatum (Creditauftrag) ist in §. 1476 des B.G.B. besonders behandelt und der begriffliche Unterschied von der Bürgschaft insofern festgehalten, als der Auftraggeber, welcher insoweit nicht als bloss accessorischer Schuldner erscheint, nicht allein durch einseitige, dem Mandate zuwider erfolgte Gestundung unbedingt frei wird, sondern auch selbst nach erfolgter Befriedigurg des Gläubigers von diesem die Abtretung seines Klagrechtes gegenüber dem Dritten verlangen kann. Auf diesen Fall bezog sich auch die oben §. 122 unter I, d. erwähnte decis. 42. von 1661 mit.

§. 129. Spiel und Wette.

I. Das bis vor kurzem gültige Mandat vom 20. Decbr. 1766 „wegen der Hazard- und andrer hohen Spiele etc." erklärte

a. alle Spielschulden ohne Rücksicht darauf, ob das Spiel an sich erlaubt war oder nicht, für unklagbar. Ebensowenig konnten dieselben mittelst Exception geltend ge-

macht werden, selbst alle zur Ermöglichung des Spieles oder zum Zwecke der Berichtigung von Spielschulden gemachten Vorschüsse, dafern der Darleiher den Zweck des Darlehns kannte, waren dem gleichgestellt. Ja das Mandat bezeichnet sogar unter gleicher Voraussetzung die zum Zwecke der Deckung von Spielschulden eingegangenen Veräusserungsgeschäfte als rescissibel. Wenn dagegen die Spielschuld bereits bezahlt war, so konnte nur dann das Gezahlte condicirt werden, wenn das Spiel zu den verbotenen, d. h. zu den reinen Glücksspielen gehörte, und selbst die eine gewisse Geschicklichkeit der Mitspielenden voraussetzenden Spiele waren insoweit den eigentlichen Glücksspielen gleichgestellt, wenn sie um einen unverhältnissmässig hohen Einsatz gespielt wurden.

b. Rücksichtlich der Wetten unterschied das Mandat zwischen den gewöhnlichen und sogenannten Spielwetten, d. h. solchen, die sich auf den Ausgang eines Spieles, gleichviel ob eines erlaubten, oder unerlaubten, bezogen. Die aus den Spielwetten herrührenden Schulden wurden den Spielschulden ganz gleichgestellt, während es bei den übrigen, dafern sie nur sonst ihrem Gegenstande nach nicht zu den unsittlichen gehörten, für die Klagbarkeit der Wettschuld gleichfalls lediglich auf die Verhältnissmässigkeit des Wettpreises zu den Vermögensumständen der Betheiligten ankam, und zwar dergestalt, dass bei zu hoch befundener Wettsumme nicht etwa das ganze Rechtsgeschäft als nichtig behandelt wurde, sondern richterliche Moderation eintrat.

c. Das Gesetzbuch ist bei dem Grundsatze stehen geblieben, dass Forderungen aus Spielen weder klag- noch einredeweise geltend gemacht werden können, hat aber denselben zugleich auch auf sämmtliche Wettschulden unter Wegfall der obigen Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und Spielwetten ausgedehnt (§. 1480 des B.G.B.). Dagegen erklärt es den einmal gezahlten Spiel-

oder Wettverlust nur dann für condicirbar, wenn das Spiel oder die Wette zu den verbotenen gehörten. Welche hierher zu rechnen seien, würde an sich nach wie vor nach dem Mandate von 1766 zu entscheiden gewesen sein, wenn nicht das letztere in neuerer Zeit durch Gesetz vom 11. April 1864 ersetzt worden wäre. Darnach ist nur noch die Veranstaltung von Hazardspielen an öffentlichen Orten oder zu allgemeiner Betheiligung in Privathäusern, ingleichen die Theilnahme an dergleichen Spielen, sowie der gewerbmässige Betrieb des Hazardspieles seiten des Bankhalters oder Unternehmers, gleichviel ob an öffentlichen oder nicht öffentlichen Orten polizeilich verboten. Abgesehen von diesen Fällen sind dagegen fortan nicht nur reine Hazardspiele (z. B. wenn sie ohne Hinzutritt einer der obigen erschwerenden Voraussetzungen in Privatzirkeln gespielt werden), sondern namentlich auch Wetten aller Art ohne Rücksicht auf die Höhe des Spiel- resp. Wettsatzes erlaubt. Zugleich ist der §. 1480 des B.G.B. jedoch unter Hinweglassung der nunmehr gegenstandlos gewordenen Worte am Schlusse des 2ten Absatzes „oder die Wette“ in §. 6 des Gesetzes von 1864 wörtlich wiederholt worden, so dass zwischen beiden Gesetzen sachlich vollkommener Einklang besteht.

II. Dem Spiele und der Wette sind, und zwar in Uebereinstimmung mit der zeitherigen Praxis, in §. 1482 des B.G.B. noch die sogenannten Differenzgeschäfte gleichgestellt, d. h. die nominell auf Lieferung marktgängiger oder coursmässiger Waaren gerichteten Käufe, bei welchen aber der Sache nach nur auf die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem an einem gewissen künftigen Tage (dem simulirten Lieferungstage) stehenden Marktpreise oder Courswerthe speculirt wird. Forderungen aus solchen Geschäften fallen daher gleichfalls unter die Bestimmung des §. 1480 des B.G.B.

III. Unter besonderen Grundsätzen stehen:

1. die sogenannten Lotterieverträge. Soviel die königlich Sächsische Landeslotterie anlangt, so gehet hierbei im Gegensatze zu der noch von Haubold Lehrb. §. 295b vertretenen älteren Ansicht, wonach der das betreffende Lotterieloos vertreibende Collecteur als Mitcontrahent des Spielers auf eigenen Namen behandelt wird, unsere jetzige Spruchpraxis (Annalen d. K. O.A.G. A. F. Bd. IV, S. 504 ff.) allgemein von dem Gesichtspunkte aus, den Staat selbst als Unternehmer des Spieles und die von ihm angestellten durch die Lotteriedirection gewählten Hauptcollecteure als seine Institoren, die Untercollecteure aber als deren Substituten zu betrachten. Der zwischen dem Spieler und dem Collecteur im Namen und Auftrage des Staates in der Form des Loosverkaufes abgeschlossene Lotterievertrag ist ein Hoffnungskauf (emtio spei, nicht rei speratae), als dessen Object das eventuelle Forderungsrecht auf Auszahlung des auf das Loos etwa ausfallenden planmässigen Gewinnes zu betrachten ist. Derselbe ist daher unter die Bestimmung des §. 1083 des B.G.B. Abs. 2 verb. m. §. 801 des B.G.B. zu subsumiren, während die scheinbar entgegenstehende Bestimmung des §. 1481 Abs. 2 des B.G.B. sich nur auf das Ausspielgeschäft (IV.) bezieht. Das Loos dient als Legitimationsurkunde für denInhaber jenes eventuellen Forderungsrechtes und da an dessen Besitz das Klagrecht auf Gewährung des auf die betreffende Loosnummer fallenden Gewinnes der Regel nach ausschliesslich geknüpft erscheint, so nimmt dasselbe spätestens mit Eintritt der Gewissheit, dass ein Gewinn auf selbiges gefallen sei, die Eigenschaft eines Inhaberpapieres an. Daher ist auch dem den Gewinn abfordernden Inhaber ein weiterer Beweis über den Erwerb des Looses nicht anzusinnen, und ebenso leiden die gesetzlichen Vorschriften über Vindicabilität von Creditpapieren auf derartige Gewinnloose volle Anwendung. Die

Klage auf Auszahlung des planmässigen Gewinnes ist übrigens an sich nur gegen den Staat selbst, als Unternehmer oder Präponenten, begründet, gegen den Collecteur aber nur insoweit, als derselbe nachweislich durch die Lotteriedirection mit den erforderlichen Geldmitteln zur Auszahlung des Gewinnes versehen worden ist. Noch weiter gehet die Ansicht in der Zeitschrift für Rechtspfl. N. F., Bd. XXII, S. 339 und im Wochenblatte v. J. 1862, S. 51 f., welche nicht ein blosses Zahlungsmandat, sondern ein regelmässiges, unwiderrufliches pactum in favorem tertii in der Ueberweisung der Gewinngelder seiten der Direction an den Collecteur findet, da aus einem solchen, weil es sich hierbei um Geld handelt, der Collecteur auch ex propriis zur Bezahlung der Gewinngelder von dem Spieler angehalten werden kann, während von dem oben angedeuteten Gesichtspuncte aus nur zu einer Verurtheilung des Collecteurs zur Bezahlung aus den in seinen Händen befindlichen Mitteln der Direction zu gelangen sein würde.

Für den Vertrieb der Lotterieloose besteht insofern noch eine singuläre Bestimmung, als der Empfänger eines unbestellt zugesandten Looses, wenn später kein Gewinn auf dasselbe ausfällt, zur Bezahlung der Einlagegelder nicht verbunden, in andern Fällen aber dennoch als rechtmässiger Loosinhaber und deshalb auch für den Gewinn als Empfangsberechtigter zu betrachten sein soll (Ministerialbekanntmachung: die Zusendung nicht bestellter Lotterieloose betreff. vom 17. Sept. 1836.).

2. Die Errichtung sogenannter Lotto's oder Zahlenlotterien, sowie jeder Art der Betheiligung daran oder der Förderung derselben im In- oder Auslande ist verboten. Ebenso das Colligiren, d. h. das Vertreiben der Spielloose zu auswärtigen Classenlotterien im Inlande (Gesetz gegen die Theilnahme am Lotto und den Betrieb auswärtiger Lotterieloose vom 4. Decbr. 1837). Dagegen fällt die

Betheiligung eines Inländers an einer auswärtigen Classenlotterie an sich nicht unter das Verbot und es ist daher auch namentlich die Einlageforderung des auswärtigen Lotteriecollecteurs für ein direct aus dem Auslande bezogenes Loos vollkommen klagbar (Wochenblatt 1858, S. 157.).

IV. Eine weitere Spielgattung, welche im Gegensatze zu der Regel sub I. vollkommen klagbare Forderungen der Betheiligten gegen einander erzeugt, ist das sogenannte Ausspielgeschäft, gewöhnlich in der Form der Ausloosung einer oder mehrerer beweglicher oder unbeweglicher Sachen unter einer gewissen Anzahl von Loosinhabern, vorausgesetzt, dass dasselbe seiner Errichtung, resp. seinem Zwecke nach den diesfalls bestehenden gesetzlichen Vorschriften entspricht (Generale, das Verbot des Ausspielens betreff. vom 18. Febr. 1784 verb. mit Verordn. der Landesregierung, die Erläuterung des vorigen Generale betreff. vom 15. Juli 1826). Damit, dass in §. 1481, Abs. 2 des B.G.B. das Verhältniss des Ausspielers zu dem Inhaber des Gewinnlooses unter die Grundsätze über den bedingten Kauf gestellt ist, ist nicht gesagt, dass das fragliche Rechtsgeschäft überhaupt unter diesen Gesichtspunct falle. Namentlich wird also von jedem Spieltheilhaber auf Vornahme der Ausloosung zur planmässig festgesetzten Zeit geklagt werden können, ohne dass die Schlussvorschrift in §. 871 des B.G.B. entgegenstünde. Wohl aber ist jene Vorschrift für den Gewinner von Werth, um für die Frage wegen des Tragens der Gefahr rücksichtlich der auszuspielenden Sache bis zum Augenblicke der Verloosung, sowie für einen eventuellen Evictionsanspruch desselben an den Ausspielenden festes Anhalten zu haben.

2. Abschnitt. Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

§. 130. Allgemeine Bemerkungen.

I. Die sogenannten unerlaubten Handlungen sind solches entweder schon an sich (§§. 116 verb. mit 773 des B.G.B.) oder sie erhalten diesen Character durch ein bereits bestehendes dem Privatrechte angehöriges Verpflichtungsverhältniss, mit welchem die Handlung in Widerspruch tritt. Soweit dieses Verpflichtungsverhältniss obligatorischer Natur ist, ist von dem Einflusse eines solchen unerlaubten Verhaltens auf das bestehende Forderungsrecht bereits oben §§. 101—103 die Rede gewesen.

Die an sich unerlaubten Handlungen dagegen (wohin übrigens keinesweges bloss die zugleich strafrechtlich verfolgbaren oder polizeilich verbotenen zu rechnen sind) können entweder

1. dadurch zur Quelle selbständiger Forderungen werden, dass sie fremdes Vermögen verletzen, und so eine Verpflichtung zum Schadenersatze begründen (zu vgl. oben §. 99 und Gesetzbuch §§. 124, 774, Abs. 1); oder

2. sie können auch eine vom Vorhandensein einer Vermögensschädigung unabhängige Geldforderung vermöge besonderen Rechtssatzes für den Verletzten erzeugen, die deshalb, soweit überhaupt im einzelnen Falle die Verletzungshandlung etwa zugleich eine Vermögensverletzung zur Folge hatte, mit der bezüglichen Schadenersatzforderung in der Regel cumulativ concurrirt (§§. 774, Abs. 2, 1489, 1497 des B.G.B.). Die den Inhalt der Forderungen der zweiten Art bildenden Geldleistungen, insofern sie eben nicht die Ausgleichung eines Vermögensschadens, sondern die Vergütung eines dem

Verletzten zugefügten sonstigen Uebels bezwecken, kann man als Privatstrafen im heutigen Sinne bezeichnen, obwohl man damit nicht die Vorstellung verbinden darf, als litte auf sie alles das, was von den Römischrechtlichen Privatstrafen galt, noch heuzutage Anwendung; vielmehr stehen sowohl die Schadenersatzforderungen ad 1 als die Strafforderungen, ad 2, soweit letztere auf dem Gesetzbuche beruhen, an sich unter ganz gleichen Grundsätzen.

a. Zur Entstehung beider Arten von Forderungen ist wie schon nach Römischem Rechte, so nunmehr auch nach dem unsrigen (zu vergl. oben §. 34, I.) Zurechenbarkeit des unerlaubten. Verhaltens, also vor allem Handlungsfähigkeit vorauszusetzen.

b. Zwischen Mehreren, welche die verletzende Handlung gemeinschaftlich begingen, findet ein Gesammtschuldverhältniss statt, so dass sowohl in Ansehung des Ersatzanspruches, als der Strafforderung der Eine durch den Andern jetzt gleichmässig befreit wird (§. 777 des B.G.B.). Intellectuelle Urheberschaft (Anstiftung im Sinne von Artt. 62 u. 63 des revidirten Strafgesetzbuches) ja selbst blosse Beihülfe, gleichviel ob nahe oder entfernte (im Sinne des revidirten Strafgesetzbuchs Artt. 53, 54, 61, a. E.), stehen rücksichtlich der aus der unerlaubten Handlung hervorgehenden civilrechtlichen Haftung der Miturheberschaft gleich, und dasselbe gilt sogar von der absichtlichen oder fahrlässigen Nichtverhinderung einer fremden Verletzungshandlung seiten des Dritten, im Falle für diesen vermöge seiner amtlichem Stellung oder seiner Eigenschaft als Vater, Vormund, Dienstherr u. s. f. eine besondere Verpflichtung zur Verhinderung bestand (§§. 778, Abs. 1, 779 des B.G.B.), während die Begünstigung (Revid. Strafgesetzbuch Art. 61, Abs. 1) nur bei den in gewinnsüchtiger Absicht unternommenen unerlaubten Handlungen, und zwar auch hier in der Regel nur insoweit, als dem Begünstiger ein Antheil am Gewinne

zugekommen ist, eine privatrechtliche Mitverhaftung begründet (§. 778, Abs. 2 des B.G.B.).

c. Der active und passive Uebergang auf und resp. gegen die Erben des Berechtigten, resp. Verpflichteten, obwohl gegen diese immer nur insoweit die Kräfte des Nachlasses reichen, bildet bei beiden Arten von Forderungen die gleichmässige Regel, ohne dass es hierbei auf eine noch bei Lebzeiten des Erblassers erfolgte Klagerhebung weiter ankäme. Einzelne Ausnahmen im folgenden §. 131.

d. Ist die unerlaubte Handlung zugleich eine strafrechtlich verfolgbare, und ist deshalb Untersuchung eingeleitet, so kann sich der Verletzte wegen beider Arten von Ansprüchen dem Strafverfahren anschliessen (Artt. 434 ff. der revidirten Strafprocessordnung). Die etwa eintretende Begnadigung des Verletzers in der Criminalsache schliesst aber die Verfolgbarkeit der Civilansprüche nicht aus.

II. Wegen der zahlreichen Privatstrafen des älteren Sächsischen Rechts ist zu vergl. Wächter, das Königliche Sächsische und das Thüringische Strafrecht S. 72 ff. Von den dort S. 78 ff. noch als practisch bezeichneten Fällen hat sich nunmehr die dem Vormund angedrohte Strafe des Doppelten, auch da, wo er durch die widerrechtliche Ausleihung des Mündelgeldes im eigenen Namen keine förmliche Unterschlagung beging, durch das oben §. 98 I. Bemerkte gleichfalls erledigt, ebenso wie die auf der Erl. Processordnung ad tit. XVI, 3 beruhenden wegen frivolen Leugnens angedrohten poenae dupli (Osterloh, Handbuch §. 227, Note 25) in der Anwendung auf das depositum miserabile und das legatum ad pias causas durch den Wegfall beider Institute im Gesetzbuche gleichfalls unpractisch geworden sind. Auch hat der bei der Pfändung zu entrichtende Pfandschilling, den man bisher unter den Gesichtspunct einer Privat-

strafe zu bringen geneigt sein konnte, insofern derselbe neben der Ersatzforderung zu entrichten war, diese Natur wenigstens gegenwärtig entschieden verloren (zu vergl. oben §. 44 a. E.). Wegen eines neben dem Gesetzbuche noch fortbestehenden Falles einer Privatstrafe aus verhältnissmässig neuerer Zeit ist zu vergl. der folgende §. 131 a. E.

§. 131. Die einzelnen, aus unerlaubten Handlungen entspringenden Forderungen.

I. Unter der Bezeichnung widerrechtliche Schadenzufügung begreift das Gesetzbuch die Körper- oder Sachbeschädigung der lex Aquilia und ihrer Ergänzungen. Hierbei erfordert dasselbe

1. eine an sich widerrechtliche positive schadenbringende Handlung, gleichviel übrigens, ob dieselbe den Schaden mittelbar oder unmittelbar herbeiführt (§§. 1484 ff. des B.G.B.), und kommt zwar hierbei, wie nach gemeinem Rechte, selbst die geringe Fahrlässigkeit in Anschlag, ohne Rücksicht darauf, ob der Beschädigte und Beschädiger in einem an sich nur eine weniger strenge Haftung bedingenden Vertragsverhältnisse zu einander standen (§. 1488 des B.G.B.). Jedoch kann eine nach den hier einschlagenden Grundsätzen zu beurtheilende Haftung unter Umständen auch schon durch eine schadenbringende Omissivhandlung begründet werden, wenn dieselbe nämlich in der schuldvollen Nichtvollendung einer begonnenen erlaubten Begehungshandlung oder in dem Ausserachtlassen gebotener Vorsichtsmassregeln bei einem an sich erlaubten Handeln bestand (§. 1486 des B.G.B.).

Mehrere Theilnehmer haften als Gesammtschuldner auf das Ganze unter Umständen selbst dann, wenn sich der Causalnexus zwischen den dem Einzelnen zur Last

fallenden Handlungen und dem eingetretenen Schaden nicht speciell nachweisen lässt (§§. 1495, 1496 des B.G.B.). Jedoch steht dem Zahlenden in diesem Falle ebenso wie dann, wenn die gemeinschaftliche Verletzungshandlung nur culpa, nicht dolo begangen wurde, wegen dessen, was er über seinen Antheil zahlte, ausnahmsweise nach §. 1495 a. E. des B.G.B. der Regress an seine correi zu. *)

2. Die Römischrechtliche Vorschrift der lex Aquilia cap. I. III. über den Ersatz des höchsten Werthes, den die beschädigte Sache innerhalb eines Jahres (resp. innerhalb 30 Tagen) von der Verletzung ab rückwärts gehabt hat, war schon zeither bei uns ausser Anwendung. Das Gesetzbuch § 1483 beschränkt sich gleichfalls auf den vollen Ersatz des durch die Verletzung angerichteten Schadens. In Fällen der Tödtung eines Menschen fügt es jedoch noch die Verpflichtung zur Erstattung der Beerdigungskosten, sowie zur Gewährung von Alimenten an diejenigen, welche der Getödtete gesetzlich oder vertragsmässig zu alimentiren verpflichtet gewesen wäre, auf die muthmassliche Dauer des Lebens des Letzteren hinzu.

3. Im Falle einer einem Menschen vorsätzlich oder aus Unbedachtsamkeit zugefügten Körperverletzung ist der Beschädigte ausser seinem sonstigen Schaden an Heilerlohn, Verdienstverlust u. s. f. nach §. 1489 auch noch ein durch richterliches Ermessen festzusetzendes Schmerzensgeld zu verlangen berechtigt, welches nach Verhältniss der Grösse der erlittenen Schmerzen in jedem einzelnen Falle auszuwerfen ist. Nicht bloss das Duellmandat vom 2. Juli 1712, sondern auch noch das Criminalgesetzbuch von 1838 Artt. 140 ff. behandelte dasselbe entschieden als Privatstrafe, und zwar als Zubehör

*) Zu 1 und 2 vgl. Wächter in der Allgemeinen Gerichtszeitung, Jahrgang XII. 1868. S. 65 ff.

der öffentlichen Strafe. Bei Erlass des Strafgesetzbuches von 1855 beschloss man nur die Ueberweisung dieses Anspruches an die bürgerliche Gesetzgebung, sowie an den Civilrichter.

Die darauf mit ständischer Genehmigung erlassene Bekanntmachung des Justizministeriums vom 1. August 1856 überlässt die Feststellung des Schmerzensgeldes im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen, indem es als einzigen Maasstab die Grösse der erlittenen Schmerzen bezeichnet, spricht aber (Absatz 1 a. E.) dem sogenannten auctor pugnae (nicht also auch schon dem auctor rixae) den Anspruch darauf ganz ab. Die allgemeine Fassung des §. 1489 des B.G.B. wird übrigens den Richter in ersterer Beziehung auch eine gleichzeitige Berücksichtigung der Standes- und Vermögensverhältnisse des Berechtigten gestatten, während in letzterer Hinsicht schon die allgemeine Vorschrift in §. 781, Abs. 1 des B.G.B. hinreichen dürfte.

4. Als ein besonderer, eventuell neben dem Schmerzensgelde gegen den oder die Verletzer zu verfolgender Anspruch ist durch §. 1490 des B.G.B. in directem Gegensatze gegen die Vorschrift in l. 7. D. de his, qui effuderint vel dejecerint, IX, 3 demjenigen Verletzten eingeräumt, welcher in Folge der erlittenen Körperverletzung eine bleibende Verunstaltung oder Verstümmelung davon getragen hat. Er soll zu einem lediglich nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Schadenersatzanspruche berechtigt sein; jedoch gehet dieser Theil seiner Forderung, abgesehen von dem Falle seiner etwaigen vertragsmässigen Festsetzung auf die Erben des Verletzten, also activ nur dann über, wenn der Erblasser bereits Klage bei Gericht erhoben hatte.

II. In Fällen widerrechtlicher Entziehung der persönlichen Freiheit ist das alte Institut der S a c h s e n b u s s e beibehalten. Man gründete dasselbe auf Sachsenspiegel III, 45

und die lateinische Glosse zu II, 34. Darnach konnte bisher schon der widerrechtlich Inhaftirte von demjenigen, der seine Inhaftnahme dolo oder culpa veranlasst hatte, gleichviel ob solches eine Privat- oder obrigkeitliche Person war, für die erlittene Freiheitsentziehung eine Vergütung von je vierzig alten Groschen, nach der Glosse zum Sachsenspiegel 30 Schillingpfennige (1 Thlr. 20 Ngr.) für Tag und Nacht beanspruchen. Das Gesetzbuch hat diesen Satz für jeden Tag auf 1 Thlr. 10 Ngr. normirt (§. 1497 des B.G.B.), wobei der Tag im Sinne des §. 82 des B.G.B. zu nehmen ist. Ueber die Rechtmässigkeit der Gefangenhaltung cognoscirt lediglich der zuständige Civilrichter: als Vorfrage für den geltend gemachten Geldanspruch selbst in dem Falle, wo die Arretur von einer höheren Justiz- oder Verwaltungsbehörde verhängt worden ist (Gesetz: die Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden betr., vom 28. Januar 1855 §. 7.). Lag der Freiheitsberaubung die Pflichtwidrigkeit eines Staatsbeamten zu Grunde, so liess schon der zeitherige Gerichtsbrauch in Gemässheit des im Rescripte vom 18. October 1796 ausgesprochenen Principes die Klage auf Sachsenbusse sowohl gegen den Schuldigen für seine Person, als auch gegen den Staatsfiscus principaliter, resp. gegen beide in solidum zu (Wochenbl. 1851, S. 190 ff.). Uebrigens gehen die etwaigen sonstigen Ansprüche des Verletzten auch hier vollständig nebenher und es soll unter Umständen der Beschädiger gegen die Personen, welche von dem Inhaftirten ihren Unterhalt zu erwarten hatten, die nämlichen Verpflichtungen haben, wie im Falle der Tödtung des Ersteren (§. 1498 des B.G.B.).

III. Entwendung.

Da §. 1499 des B.G.B. ausser dem Diebstahle auch noch die Unterschlagung in sich begreift und überdem Diebstahl hier im weiteren Sinne, also einschliesslich der im Revid. Strafgesetzbuche Artt. 274, 275 gedachten Ent-

wendungsfälle, sowie der sogenannten Entfremdung (Art. 302) zu verstehen ist, so kommt im Hinblicke namentlich auf die spätere Bestimmung in §. 1528 des B.G.B. der Thatbestand unseres Paragraphen mit dem Inhalte des Römischrechtlichen Begriffs des furtum mit geringen Ausnahmen, wie z. B. des nicht hierher gehörigen sogenannten furtum usus (Rev. Strafgesetzbuch Art. 330) überein.

Die deshalb gegen den Urheber, nach Befinden auch gegen den blossen Begünstiger (insbesondere auch den Partirer und blossen Hehler §. 1500 des B.G.B.) gegebene Ersatzklage erscheint als eine Verschmelzung der in ihrer Eigenschaft als Strafklage schon bisher bei uns nicht mehr practischen actio furti mit der condictio furtiva, insofern sie ihrem Objecte nach mit der letzteren, ihren subjectiven Voraussetzungen nach, namentlich in der Person des Klägers mit der actio furti übereinkommt, so dass dieselbe keineswegs von dem Eigenthümer oder früheren rechtmässiden Besitzer der gestohlenen Sache, sondern unter Umständen auch von dem blossen Detentor, dafern diesen die Vertretung des Verlustes der Sache trifft, wird angestellt werden können. Wegen der Entwendungen insbesondere, soweit sie unter die Classe der sogenannten Forstentwendungen fallen, können nach §. 4 der Publicationsverordnung zum Forststrafgesetze, Strafgesetzbuche etc. vom 13. August 1855 noch immer die in §§. 13—16 des Gesetzes: die Untersuchung und Bestrafung der Forstverbrechen betreff. vom 2. April 1838, enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen in Betracht kommen.

IV. Verletzende Nachrede (§. 1501 des B.G.B.)

Die aus diesem Grunde gegebene Ersatzklage beschränkt sich nicht bloss auf Fälle absichtlicher Verleumdung, sondern erstreckt sich auch auf die in Art. 238 Abs. 3 des Revid. Strafgesetzbuches als straflos erklärte, in gutem Glauben erfolgte Verbreitung falscher, den Andern benach-

theiligender Gerüchte, dafern nicht der im Absatze 2 des §. 1501 gedachte Ausnahmefall vorliegt.

V. und VI. Gewalt und Bedrohung, Betrug und Arglist.

Abgesehen von der vis absoluta, welche das Zustandekommen eines gültigen Rechtsgeschäftes überhaupt ausschliesst, weshalb auch die auf diese Weise uns abgenommenen Sachen bei jedem Dritten vindicirt werden können (§. 850 des B.G.B.), gehen die hier gegebenen Delictsklagen zunächst gegen den Urheber und Gehülfen des Delicts auf vollen Schadenersatz (§§. 1502, 1504 des B.G.B.). Wegen der Wirkung gegen dritte Personen dagegen, die bei dem Zwange und Betruge selbst nicht betheiligt waren, ist zu vergl. das oben §. 32 unter 2 Gesagte.

Unter Betrug ist übrigens hier nicht bei der Begriffsbestimmung des Art. 284 des Revid. Strafgesetzbuches in Verbindung mit Erläuterungsgesetz vom 15. Juli 1858 stehen zu bleiben. Schon deshalb nicht, weil §. 1504 des B.G.B. ganz von der Voraussetzung absieht, dass der Betrüger sich oder Anderen einen Vermögensvortheil durch die Täuschung habe verschaffen wollen, resp. verschafft habe. Vielmehr soll es nur auf den beabsichtigten schadenbringenden Erfolg hierbei ankommen.

VII. Verletzung besonderer Berufspflichten.

Die Haftung der richterlichen oder Verwaltungsbeamten, gleichviel, ob sie vom Staate oder einer Gemeinde angestellt sind, wegen Verletzung ihrer Berufspflichten und des dadurch Andern verursachten Schadens ist abweichend von der zeither herrschenden strengeren Ansicht (cf. Schwarze in Ztschrft. f. Rechtspfl. Bd. XII, S. 289 ff.) nur noch auf Fälle des dolus und der culpa lata beschränkt (§§. 1506, 1507 des B.G.B.), und das gleiche Princip auch in §. 1508 des B.G.B. auf die öffentlich angestellten Sachverständigen erstreckt, die durch Abgabe eines unrichtigen Gut-

achtens oder einer unrichtigen Schätzung Andere in Nachtheil bringen. Hiermit sind jedoch nicht die Fälle gemeint, wo derartige Sachverständige ohne Rücksicht auf ihre öffentlichen Functionen als Private angewendet werden, vielmehr treten dann ganz die allgemeinen obligationsrechtlichen Grundsätze ein.

VIII. Wegen Veräusserungen zur Benachtheiligung der Gläubiger (§§. 1509 ff. des B.G.B.) ist auf das Concursrecht zu verweisen.

IX. Durch das Gesetz vom 27. Juli 1846 über den Schutz dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung ist insofern eine neue Privatstrafe eingeführt, als darnach der Verletzte die Wahl haben soll, ob er auf Zuerkennung einer Entschädigung oder auf eine, dann aber gleichfalls von dem Civilrichter auszuwerfende Geldstrafe bis zu 500 Thlr. antragen wolle. Thut er Letzteres, so soll die Strafe zu zwei Dritttheilen ihm, zu einem Dritttheile der Ortsarmencasse zufallen. Gegen die Erben des Verletzers wird ein derartiger Strafantrag als ausgeschlossen betrachtet werden müssen.

Das verwandte Gesetz vom 22. Februar 1844 über den Schutz litterarischer Erzeugnisse anderer Art gegen mechanische Vervielfältigung (sogen. Nachdrucksgesetz) kennt eine derartige Privatstrafe nicht, sondern nur eine öffentliche Geldstrafe, während es den Verletzten nach §. 6 ausdrücklich auf den Schadenersatz verweist.

3. Abschnitt. Forderungen aus verschiedenen Gründen.

§. 132. Condictionen.

Von den aus einem Haben ohne Grund abgeleiteten Forderungsrechten ist

I. die Rückforderung des unter der irrigen Voraussetzung des Bestehens einer Schuld Gezahlten (condictio

indebiti) im Allgemeinen den gemeinrechtlichen Grundsätzen entsprechend behandelt (§§. 1519 ff. des B.G.B.).

a. In Betreff der noch immer sehr bestrittenen Frage, ob der Irrthum des Zahlenden ein entschuldbarer gewesen sein müsse, erklärt sich das Gesetzbuch gegen die herrschende, anfänglich auch in dem Entwurfe festgehaltene Meinung für die Verneinung und will demgemäss auch an sich kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt wissen, ob der Irrthum ein factischer oder ein Rechtsirrthum gewesen (§. 1523 des B.G.B.). Selbstverständlich kann jedoch die Beschaffenheit des im einzelnen Falle fraglichen Irrthums als eines blossen error juris bei der immer nach den concreten Verhältnissen zu beantwortenden Frage von Einfluss sein, ob das Vorhandensein eines Irrthums auf Seiten des Zahlenden überhaupt glaubhaft erscheint, oder ob nicht die Schenkungsabsicht des Zahlenden als liquid und deshalb die Rückforderung des Gezahlten als ausgeschlossen zu betrachten sei. (Vgl. oben §. 101.)

b. Bezüglich der Vertheilung der Beweislast ist der Kläger (in Folge der Auffassung, dass der auf seiner Seite vorhanden gewesene Irrthum nicht zum Klaggrunde gehört, sondern umgekehrt der Mangel desselben eintretenden Falles nur als Ausschliessungsgrund gegen die Rückforderung in Betracht kommt) von einem besonderen Beweise des Irrthums überhaupt frei. Vielmehr hat er an sich nichts weiter als die Thatsache der Zahlung und die Nichtexistenz einer entsprechenden Schuldverbindlichkeit darzuthun, während es Sache des Beklagten sein würde, falls er ein wissentliches Bezahlen der Nichtschuld behauptet, solches seinerseits darzulegen und zu beweisen (§. 1533 des B.G.B.).

Dabei wird übrigens in Uebereinstimmung mit der zeither schon in unseren Gerichtshöfen herrschend gewesenen Auslegung der l. 25. D. de probationibus et

praesumtionibus XXII. 3 der Kläger von dem Beweise der Nichtschuld dann entbunden, wenn der Beklagte wider die Wahrheit den Empfang der Zahlung leugnen sollte, indem solchenfalls vielmehr der Letztere auf den blossen Beweis der Zahlung hin dem Klaggesuche gemäss zu verurtheilen ist, sobald nicht er die Existenz der Verbindlichkeit resp. die Wissenschaft des Klägers von der Nichtexistenz darzuthun vermag. Nach allgemeinen Grundsätzen wird jedoch auch in diesem Falle den Kläger der Beweis der Nichtschuld dennoch treffen, wenn er die frühere Existenz der Verbindlichkeit selbst einräumen und nur behaupten sollte, dass sie zur Zeit der Zahlung aus irgend einem Grunde bereits wieder erloschen sei. Soviel dagegen den in der obigen Digestenstelle erwähnten zweiten Fall anlangt, wenn der Kläger ein Mehreres, als er überhaupt jemals schuldig gewesen, gezahlt zu haben behauptet, und nur diese Mehrzahlung condicirt, so ist man, da §. 1533 des B.G.B. diesfalls einen Unterschied nicht mehr macht, zu einer Ausnahme auch nicht weiter berechtigt.

c. Der Anspruch des Klägers geht, wie nach gemeinem Rechte, in der Regel nur auf die Bereicherung, ausser in dem Falle, wo der Beklagte wissentlich eine Nichtschuld in Empfang nahm, wo dann die Grundsätze über die Haftung aus der Entwendung auch bei uns Platz greifen (§§. 1527, 1528 des B.G.B.).

d. Neu ist noch die Bestimmung, dass die Condiction wegen indebite gezahlter Zinsen bereits in drei Jahren verjährt (§. 1532 des B.G.B.).

II. Die Rückforderung des unter der Voraussetzung eines erst zukünftigen Ereignisses Geleisteten, condictio causa data causa non secuta (§§. 1534 ff. des B.G.B.) ist der condictio indebiti insofern nachgebildet, als auch bei ihr der Gegenstand der Rückforderung in der Regel sich nur auf die Bereicherung beschränkt (§. 1538 des B.G.B.).

Eine Ausnahme tritt jedoch ein — abgesehen von dem auch hier möglichen Falle der mala fides des Empfängers, welchenfalls dann das oben unter c. Gesagte analog Platz zu greifen haben würde — bei den durch Auflösung des Verlöbnisses eintretenden Verpflichtungen zu Rückgabe der Mahlschätze und sonstigen Brautgeschenke, insofern dieselben, soweit sie in vertretbaren Sachen bestehen, jederzeit nach dem ursprünglichen Betrage zu erstatten sind, und derjenige, der von dem Verlöbnisse grundlos zurücktritt, selbst die nicht vertretbaren dergleichen Gegenstände, dafern er sie schuldvoller Weise nicht mehr in Natur zurückgeben kann, dem vollen Werthe nach zu ersetzen gehalten ist (§§. 1584, 1585 des B.G.B.). Die hier gleichfalls sehr bestrittene Frage nach der Beweislast (zu vergl. Windscheid, Pand. II, §. 429) ist in §. 1539 des B.G.B. dahin regulirt, dass der Kläger nicht bloss die Eigenschaft der Leistung als einer nur unter einer gewissen Voraussetzung gewährten, sondern auch den Nichteintritt der in Aussicht genommenen Voraussetzung zu beweisen habe, es müsste denn die letztere von der Art gewesen sein, dass er ihren Eintritt beliebig zu hindern berechtigt gewesen, welchenfalls der zweite Theil seines Beweisthemas sich für ihn erledigen soll (§. 1537 des B.G.B.). Indessen versteht sich auch in diesem Falle von selbst, dass der Beklagte durch den von ihm zu erbringenden Nachweis des früher wirklich erfolgten Eintrittes der Voraussetzung die Klage zu beseitigen in der Lage bleibt. —

III. Die condictio ob injustam causam und sine causa (§§. 1540 ff., 1547 ff.) greifen vielfach in einander über, und insbesondere dient die erstere auch zur Ergänzung für solche Fälle, wo nicht schon wegen eines an sich rechtswidrigen Handelns nach allgemeinen Grundsätzen Verpflichtung zu vollem Schadenersatze eintritt (vergl. oben §. 131). Es ist daher auch die Vor-

schrift in §. 1545 des B.G.B. keineswegs so zu verstehen, als ob sich in allen nach dem Wortlaute an sich darunter zu subsumirenden Fällen die Verpflichtung des Beklagten auf Herausgabe des Erhaltenen beschränke.

§. 133. Die Forderung der ausserehelich Geschwächten auf Entschädigung.

Das Stuprum zog nach unserem Particularrechte schon bisher für den Stuprator die wahlweise Verpflichtung nach sich, die Geschwächte entweder zu ehelichen, oder zu entschädigen („auszustatten"), in Anschluss an das canonische Recht, welches jedoch den Stuprator cumulativ zur Ehelichung und Ausstattung der Geschwächten für verpflichtet erklärt.

Für Sachsen schlug bisher die const. 27 pte. IV. und decis. 30 von 1746 ein, wonach es als wesentliche Voraussetzung des Dotationsanspruches erscheint, dass die Geschwächte bisher unbescholten gewesen, gleichviel ob Jungfrau oder Wittwe. Die Festsetzung der Höhe des Aequivalentes war und ist auch nach dem Gesetzbuche dem Ermessen des Richters überlassen, der sich dabei vorzugsweise nach dem Stande der Geschwächten, sowie nach den Vermögensverhältnissen des Stuprator zu richten hat (§. 1551 des B.G.B.). Der niedrigste gerichtsbräuchliche Satz ist 15 Thaler. Die daneben alternativ zu petirende Ehelichung erscheint an sich nur als ein dem Stuprator facultativ zustehender Modus, sich von der Dotationsverbindlichkeit zu befreien. Daher bleibt auch der Anspruch fortbestehen, wenn ohne Verschuldung der Geschwächten für den Stuprator jene facultas wegfällt, sei es, weil er sich selbst später verheirathet hat, oder weil es wegen mangelnden Consenses der Aeltern des Schwängerers oder der Geschwächten nicht zur Eheschliessung kommen kann.

Hat dagegen die Geschwächte durch ihre frühere Verheirathung dem Schwängerer das Wahlrecht entzogen, oder weigert sie sich vielleicht sogar der Ehe, so cessirt auch der Dotationsanspruch. Dasselbe gilt auch, wenn sie nach dem mit dem Beklagten gepflogenen Beischlafe erweislich sich mit einem Andern geschlechtlich eingelassen hat. War der Stuprator zur Zeit des Beischlafs bereits verheirathet, so gehet die Klage der Geschwächten ebenso wie in dem Falle einer späteren Verheirathung desselben mit einer Andern einfach auf Dotation, dafern nicht etwa die Geschwächte im ersteren Falle die Eigenschaft des Stuprator als Ehemann gekannt haben sollte, denn dann ist ein Anspruch für sie überhaupt nicht gegründet.

Dass der Beischlaf die Schwängerung zur Folge haben müsse, ist zur Fundirung dieses Anspruches nicht erforderlich. Die Dotationsforderung gehet übrigens unbedingt gegen die Erben des Stuprator quoad vires hereditatis, wogegen der Uebergang des Anspruches auf die Erben der Stuprata, soweit er nicht bereits vertragsmässig festgestellt sein sollte, auch hier durch Anbringung der Klage bei Gericht seiten der Erblasserin bedingt sein soll (§. 1553 des B.G.B.).

§. 134. Beschädigung durch Thiere.

I. Das Recht der noxae datio bei Beschädigung durch Thiere war auf Grund der Usualinterpretation mehrerer Stellen des Sachsenspiegels bei uns insofern modificirt, als

a. bei zahmen Thieren, Hausthieren, einerseits nichts darauf ankommen sollte, ob das Thier contra oder secundum naturam sui generis geschadet habe, andererseits das Recht der noxae datio hinwegfiel, dafern der Besitzer des Thieres nicht alsbald, wenn er von dem

angerichteten Schaden Kenntniss erhielt, dasselbe von sich gethan hat.

b. Bei wilden oder sonst ihrer Individualität nach gefährlichen Thieren fiel das Recht der noxae datio überhaupt hinweg.

Auch das Gesetzbuch unterscheidet nach §§. 1560, 1561, ob das Thier zu der Gattung der wilden oder der Hausthiere gehört habe. Im ersteren Falle trifft denjenigen, der das Thier „hält“ (was also nicht schlechterdings der Eigenthümer des Thieres zu sein braucht) ohne Rücksicht darauf, ob er in der Verwahrung desselben etwas versehen hat oder nicht, die Verpflichtung zum Ersatze des durch das Thier angerichteten Schadens. Im anderen Falle ist der Eigenthümer des Thieres der Ersatzpflichtige, jedoch kann er, dafern er bei Beaufsichtigung des Thieres etwas nicht verschuldet hat, durch den Nachweis dieses Mangels einer culpa und durch noxae datio sich befreien, und seine Ersatzpflicht erledigt sich in diesem Falle ganz, wenn das Thier noch vor der Klagbehändigung ohne sein Verschulden gestorben oder abhanden gekommen ist. Auf den Fall, wenn der Schaden durch einen bissigen Hund veranlasst worden ist, beziehen sich die besonderen Vorschriften des sogenannten Hundemandates vom 2. April 1796, welches als Polizeigesetz auch künftig noch als fortgeltend anzusehen sein wird. Ueber die Auslegung der hier in Betracht kommenden Hauptstelle des Mandats §. 9, zu vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. XVIII, S. 169.

II. Die Wildschäden betreffend, so haben wir für unser früheres Recht das Gouvernementspatent, die Wildschäden betreff., vom 21. April 1814 und Gesetz vom 3. November 1840, Erledigung einiger zweifelhafter Rechtsfragen betr. no. II. Darnach ist überhaupt nur ein solcher Schaden zu vergüten, der an bebauten Ländereien, im Gegensatze z. B. von Waldboden u. s. f., angerichtet

wird, und zwar auch nur dann, wenn er von Roth-, Damwild, Schwarzwild und Rehen herrührt.

Es soll in diesen Fällen ein besonderer, summarischer durch den Amtshauptmann zu leitender Taxationsmodus eintreten. Als Verpflichteter ist dabei jedoch nur der Jagdberechtigte im Sinne des damaligen Rechtes zu denken.

Mit der Aufhebung des Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden wurden daher auch jene älteren gesetzlichen Bestimmungen ausser Kraft gesetzt (Verordnung: die Ausübung der Jagd betreff. vom 13. Mai 1851 §. 32). Das Gesetz vom 25. November 1858 §. 24 hat dieselben jedoch insoweit wieder in Kraft treten lassen, als es darnach zu einer Wiederherstellung des frühern Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden gekommen ist (vgl. oben §. 52, S. 185 ff.). Auch auf den blossen Pachter eines heutigen Jagddistrictes dagegen beziehen sich jene Vorschriften des Patentes, wie des Gesetzes vom 3. November 1840 nicht. Ebensowenig kann aber auch der Pachter seinen Verpachter, der sich bei der Verpachtung seiner Grundstücke die Jagd daran reservirt hat, als Jagdberechtigten im Sinne jener gesetzlichen Vorschriften in Anspruch nehmen (Zeitschr. für Rechtspflge N. F. XXII, S. 279 ff. Wochenbl. 1861, S. 404). Die anscheinend von einem andern Principe ausgehende Bestimmung des Gesetzes vom 1. December 1864 §. 10 bezieht sich nur auf den dort gedachten singulären Fall.

Druck von A. Th. Engelhardt in Leipzig.

Dr. BERNHARD GOTTLOB SCHMIDT'S

VORLESUNGEN

ÜBER

SÄCHSISCHES PRIVATRECHT.

ZWEITER BAND.

VORLESUNGEN

ÜBER

DAS IN DEM KÖNIGREICHE SACHSEN GELTENDE

PRIVATRECHT

VON

DR. BERNHARD GOTTLOB SCHMIDT,
K. S. APPELLATIONSRATHE UND ORD. PROFESSOR DES SÄCHSISCHEN RECHTES
AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.

NACH DESSEN TODE HERAUSGEGEBEN.

ZWEITER BAND.

LEIPZIG, 1869.
J. M. GEBHARDT's VERLAG.
(LEOPOLD GEBHARDT.)

Inhalts-Verzeichniss.

IV. Theil.

Familien- und Vormundschaftsrecht.

1. Abtheilung.

Das Eherecht.

1. Abschnitt. Von der Schliessung und Aufhebung der Ehe.

2. Abschnitt. Von den Wirkungen der geschlossenen Ehe.

2. Abtheilung.

Von den Rechtsverhältnissen zwischen Aeltern und Kindern.

3. Abtheilung.

Vormundschaft im engeren Sinne.

V. Theil.

Das Erbschaftsrecht.

1. Abschnitt.

Von der Erbfolge.

Capitel I. Die gesetzliche Erbfolge.

Capitel II. Von der Erbfolge auf Grund letztwilliger Verfügung.

1. Abtheilung.

Von dem einseitigen letzten Willen.



Seite

3. Abschnitt.

Von der Einzelnachfolge.

I. Von den Vermächtnissen.

4. Abschnitt.

Von der erblosen Verlassenschaft.

Berichtigungen.

Bd. I S. 62 Z. 9 v. o zu lesen „Art. 86“ statt „86“.
„ „ „ 68 „ 10 v. o. „ „ „concludente“ statt „concludende“.
„ „ „ 92 „ 17 v. o. „ „ „1834“ statt „1824“.
„ „ „ 110 „ 2 v. u. „ „ „psychischer“ statt „physischer“.
„ „ „ 111 „ 14 v. o. „ „ „Anfechtbarkeit“ statt „Unanfechtbarkeit“.
„ „ „ 135 „ 5 v. o. „ „ „beginne“ statt „beginnen“.
„ „ „ 187 „ 11 v. u. ist das Komma nach „Sonntagen“ zu beseitigen.
„ „ „ 204 „ 2 v. u. zu lesen „1851“ statt „1151“.
„ „ „ 305 „ 1 v. o. „ „ „Gerichtsdepositum“ statt „Gerichtspositum“.
„ „ „ 337 „ 1 v. u. „ „ „563 ff.“ statt „503 ff.“.
„ „ „ 481 „ 6 v. o. „ „ „Verordnung“ statt „Bekanntmachung“.

IV. Theil.

Familien- und Vormundschaftsrecht.

I. Abtheilung.

Das Eherecht.

1. Abschnitt: Von der Schliessung und Aufhebung der Ehe.

§. 135. Einleitung.

Das bürgerliche Gesetzbuch in seinem das Eherecht behandelnden Theile giebt in der Hauptsache eine Codification des zur Zeit seines Erscheinens in Sachsen geltenden evangelischen Eherechts, d. h. der die Schliessung und Trennung der Ehen betreffenden materiellen Rechtssätze, wie sich solche seit Einführung der Reformation bei uns particularrechtlich durch Gesetz und Gerichtsbrauch zunächst zwar für die Lutheraner gebildet hatten, daneben aber auch für die Bekenner der reformirten Confession und seit neuerer Zeit selbst für die Anhänger des Deutschkatholicismus als maassgebend galten. Für die Angehörigen der ersteren beiden Religionsgenossenschaften unter sich, für welche zeither auch in Ehesachen

das canonische Recht noch als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt war, bildet das im Gesetzbuche enthaltene Eherecht nunmehr die alleinige, und deshalb auch in allen Einzelheiten auf unbedingte Geltung Anspruch machende Norm. Die Mitglieder der übrigen vom Staate anerkannten Religionsgesellschaften dagegen sind unterschiedslos nur an diejenigen Bestimmungen des Gesetzbuches gebunden, welche die von diesem aufgestellten öffentlichen indispensabeln Ehehindernisse betreffen (vergl. unten §. 138), während in allen sonstigen Punkten die etwaigen abweichenden Grundsätze ihrer Kirche oder Religionsgesellschaft für sie maassgebend bleiben (§. 1619 des B.G.B.). Die bloss reglementären Bestimmungen unseres zeitherigen Eherechtes, wie deren ausser der Kirchenordnung vom 1. Januar 1580 und der Eheordnung vom 10. August 1624 namentlich das ausführliche Regulativ vom 15. Januar 1808 zahlreiche enthält, bleiben, soweit sie mit dem Gesetzbuche nicht unvereinbar sind, natürlich auch für Lutheraner und Reformirte ferner in Kraft. Das Gleiche gilt auch von den den Eheprocess angehenden Vorschriften, insbesondere von der Regulirung der Jurisdictionsverhältnisse zu Gunsten der weltlichen Behörden (Bezirksappellationsgerichte in erster Instanz), auf welche die seit Mitte des 16. Jahrhunderts in die Hände der Consistorien gelegte Ausübung der Ehegerichtsbarkeit durch das sogenannte C-Gesetz über privilegirte Gerichtsstände vom 28. Januar 1835 übertragen worden ist, jedoch mit der Maassgabe, dass in gemischten Ehesachen selbst die protestantischen Ehegerichte, denen solche in den Sächsischen Erblanden unbedingt unterstellt sind, so bald der verklagte Theil der katholischen Confession angehört, das canonische Recht zur Anwendung zu bringen haben sollen (C-Gesetz. §. 57).

Litteraturnachweise bei Haubold, Lehrbuch §§. 55 ff., und besonders Carl Gottlieb von Weber, systematische

Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes 1829 und 1845; insbesondere I. Auflage, zweiter Theil, dritte Abth. §§. 122 ff. S. 1093 ff.; Aug. Ed. Rob. Lengnick, der Sächsische Eheprocess, 1847.

§. 136. Das Verlöbniss.

I. Neben den allgemeinen Vertragserfordernissen, denen das Gesetzbuch die Verlöbnisse sogar noch vollständiger als unser zeitheriges Recht (Allg. Vormundschaftsordnung, Cap. X III. §. 11) unterwirft, insofern es in §. 1575 für die Verlöbnisse bevormundeter Personen schlechthin die Einwilligung der Vormünder fordert, giebt es für selbige noch folgende eigenthümliche Gültigkeitsbedingungen:

a. Die juristische Möglichkeit des Zustandekommens der Ehe zwischen den Verlobten, also unter allen Umständen die Abwesenheit öffentlicher indispensabler Ehehindernisse zur Zeit des Abschlusses des Verlöbnisses (§. 1569 des B.G.B.), wodurch zugleich in Verbindung mit §.104 des B.G.B. die Annahme einer mit Wegfall des anfänglich vorhandenen Impedimentes eintretenden Convalescenz verneint ist;

b. Vorhandensein des erforderlichen Alters, und zwar bei dem männlichen Theile des 18., bei dem weiblichen des 16. Altersjahres, indem das Gesetzbuch im §. 1570 die Vormundschaftsordnung a. a. O., welche nur das 14. Altersjahr für den weiblichen Theil verlangt, insoweit abändert;

c. Einwilligung der Aeltern, resp. der entfernteren Ascendenten der Verlobten (§§. 1571 ff. des B.G.B.).

Schon die Eheordnung von 1624 erklärte die mit Umgehung des älterlichen Consenses eingegangenen Verlöbnisse (sog. sponsalia clandestina im Gegensatze der publica) für unkräftig, und selbst der hinzutretenden

fleischlichen Vermischung der Verlobten, durch welche nach Ansicht der älteren Sächsischen Praktiker jener Mangel in seinen Wirkungen beseitigt werden konnte, sprach die 31. Decision von 1746 diese sanirende Kraft ausdrücklich ab. Uebrigens war zwar schon nach zeitherigem Rechte dieses Einwilligungsrecht von der Fortdauer der väterlichen Gewalt keineswegs als abhängig zu denken, und trat sogar bei jeder nachfolgenden Verheirathung von Neuem ein, indess war doch, dafern Vater und Mutter beide noch lebten, der Consens des Vaters ebenso, wie wenn in Ermangelung beider die grossälterliche Einwilligung gesucht werden musste, die Genehmigung des Grossvaters hinreichend. Das Gesetzbuch dagegen erkennt die Stimme des männlichen Ascendenten nicht mehr als ausschlaggebend an, sondern behandelt die Mutter, resp. Grossmutter u. s. f. als vollkommen gleichberechtigt (§. 1571 des B.G.B.), wie denn auch bei unehelichen Kindern oder in dem Falle einer über den Vater verhangenen Vormundschaft der Consens der Mutter wie früher, so auch jetzt, sogar allein gegenügt. Ferner kann nach der Fassung des §. 1571 des B.G.B. der Consens der Grossältern oder entfernteren Ascendenten überhaupt nur erst dann in Frage kommen, wenn consensberechtigte Aeltern auf beiden Seiten der Verlobten gänzlich fehlen. Neu ist endlich noch die Bestimmung in §. 1573 des B.G.B., welche die an Kindesstatt Angenommenen ausser an den Consens ihrer leiblichen Aeltern auch noch an den des pater oder der mater adoptans bindet.

II. Eine besondere äussere Form ist für die Eingehung des Verlöbnisses an sich nicht vorgeschrieben, und nur ausnahmsweise, in dem Falle nämlich, wenn consensberechtigte Ascendenten auf beiden Seiten gänzlich fehlen, machte sich schon nach zeitherigem Rechte die Zuziehung zweier Solennitätszeugen erforderlich, um dem

Verlöbnisse den Charakter der sponsalia publica zu sichern, eine Form, welcher nach dem Gesetzbuche §. 1576 wahlweise auch noch der gerichtliche Abschluss des Verlöbnisses zur Seite gestellt wird.*)

III. Anlangend die Wirkungen eines Verlöbnisses, so waren diese nach älterem Rechte ungleich wichtiger als heutzutage. Dieses behandelte nämlich das Verlöbniss nicht bloss als ein vollkommen klagbares pactum praeparatorium, sondern auch als ein solches, dessen Vollziehung erzwingbar sei. Bis zum Rescripte vom 27. Oct. 1808 konnte sogar bis zur gerichtlichen Zwangstrauung vorgeschritten werden, während man von da ab nur noch die Anwendung von Geld- und Gefängnissstrafe zuliess, nach deren vergeblicher Erschöpfung der klagende Theil zur Schädenausführung verwiesen wurde. Das C-Gesetz §. 53 hob die Klage auf Vollziehung der Ehe überhaupt auf und gestattete nur noch eine Schädenklage, die überdem bloss auf Geltendmachung des erweislichen damnum emergens, nicht auch auf Ersatz des etwaigen weitergehenden vermögensrechtlichen Interesses gerichtet sein konnte. Das Gesetzbuch §§. 1579—81 ist noch um einen Schritt zurückgegangen, indem es sogar der auf den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe bedungenen Conventionalstrafe die Klagbarkeit abspricht, welche das C-gesetz a. a. O. im Gegensatze zum Römischen Rechte mit Rücksicht auf einen entsprechenden älteren Gerichtsbrauch noch beibehalten hatte.

Dagegen knüpfen sich auch jetzt noch an den Abschluss des Verlöbnisses als mögliche weitere Rechtsfolgen das nach Befinden als Ehehinderniss in Betracht kommende quasiadulterium (hierüber s. unten §. 140, I.)

*) Die beiden Solennitätszeugen müssen specialiter rogati sein. Ihrer Gegenwart und der gerichtlichen Form ist die notarielle vom Gesetze nicht gleichgestellt worden.

sowie die Behandlung der von den Verlobten erzeugten Kinder als Brautkinder (hierüber siehe unten 2. Abthlg.).

Alle diese Wirkungen setzen übrigens an sich ein gültiges Verlöbniss in dem Sinne des oben I und II. Bemerkten oder doch ein solches voraus, welches von demjenigen Theile, der sich darauf beruft, für gültig gehalten werden durfte (sog. sponsalia putativa, §. 1577 des B.G.B.).

IV. Die frühere Nothwendigkeit einer zum Zwecke der Trennung des Verlöbnisses jedesmal eintretenden eherichterlichen Cognition erledigt sich mit dem Wegfalle der Klage auf Ehevollzug und des aus einem früheren Verlöbnisse abzuleitenden Ehehindernisses. Die Auflösung des Verlöbnisses kann also jetzt nicht nur jederzeit mutuo dissensu erfolgen, sondern auch im Falle eines bloss einseitigen Rücktrittes kann die Frage, ob Jemand hierzu nach §. 1583 des B.G.B. gegründeten Anlass gehabt habe, gegenwärtig nur noch im Zusammenhange mit den aus der Nichtvollziehung der Ehe sich ergebenden sonstigen civilrechtlichen Folgen zur richterlichen Entscheidung gelangen. Hierher gehört unter Anderm auch die Frage wegen Rückgabe der zu Bekräftigung des Verlöbnisses gegebenen arrha (Mahlschatz), sowie der sog. Brautgeschenke. Im Falle einer von dem einen Theile verschuldeten Auflösung oder sonstigen Ungültigkeitserklärung des Verlöbnisses wurden früherhin die beiderseitigen Mahlschätze von den Consistorien für verfallen erklärt, später wurden Mahlschätze und Brautgeschenke insoweit gleichbehandelt, als der schuldige Theil das Gegebene nicht bloss zurückfordern konnte, sondern auch das Empfangene oder dessen Werth zu restituiren hatte. In ähnlicher Weise regulirt auch das Gesetzbuch im §. 1585 diese Frage, während es für den Fall des Todes eines Verlobten im Anschlusse an die schon von Carpzov, Jurispr. for. P. II const. 33 def. 14 no. 17 vertretene Meinung den Anspruch auf Rückgabe beiderseits cessiren lässt (§. 1586 des B.G.B.).

§. 137. Von der Eheschliessung.

Die schon von den Reformatoren ungeachtet der Negirung der sacramentalen Eigenschaft der Ehe dennoch jederzeit befürwortete kirchliche Einsegnung derselben ist durch unsre Landesgesetzgebung schon frühzeitig (const. 24, pte. II. und Kirchenordnung vom 1. Januar 1580) sogar zu der schlechthin wesentlichen Form der Eheschliessung erhoben worden, dergestalt, dass sie der vor dem copulirenden Geistlichen abgegebenen Consenserklärung der Verlobten gefolgt sein muss, bevor eine wirklich gültige Ehe angenommen werden kann. Für den Beginn des gegenseitigen Erbrechtes der Ehegatten erforderte unser Particularrecht bis in die neuere Zeit ausserdem noch die im Sachsenspiegel I, 45. III, 45 erwähnte Beschreitung des Ehebettes (conscensio thalami sive tori) und erst das Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 §§. 91, 92 hat auch insoweit die Trauung für den allein entscheidenden Act erklärt. Die Competenz des copulirenden Pfarrers gehört zwar nicht zu den Gültigkeitserfordernissen der Eheschliessung, bestimmt sich aber seit dem Regulative wegen des Aufgebots vom 15. Januar 1808, §. 33 in der Regel nach dem Wohnorte der Braut. Bei gemischten Ehen ist es gleichfalls die Confession der Braut, nach welcher die Zuständigkeit des Geistlichen einer oder der anderen Confession sich richtet, und zwar dergestalt, dass, wenn sich die Verlobten in beiden Kirchen einsegnen lassen wollen, die erste Einsegnung nothwendig von einem Pfarrer der Confession der Braut zu erfolgen hat und diese als der eigentlich civilrechtlich wirksame Trauungsact gilt (Gesetz, die Ehen unter Personen evangelischen und katholischen Glaubensbekenntnisses etc. betreff., vom 1. Novbr. 1836, §. 1.). Wegen Schliessung der Ehebündnisse unter den

Israeliten vergl. Verordnung: die Schliessung der Ehebündnisse unter den Juden betreffend, vom 6. Mai 1839.

Das bürgerliche Gesetzbuch §. 1588 verweist hinsichtlich der Form der Eingehung der Ehe im Allgemeinen auf die Grundsätze der Kirchen und Religionsgenossenschaften, welchen die Ehegatten angehören, und erklärt (§. 1620) die Ehen, bei deren Eingehung diese wesentliche Form nicht beobachtet sein sollte, für ohne Weiteres nichtig (im Gegensatze zu der in den unten §. 139 zu erwähnenden Nullitätsfällen des §. 1621 noch erforderlichen richterlichen Nichtigkeitssentenz).

Das Erforderniss eines der Trauung vorausgehenden dreimaligen kirchlichen Aufgebotes endlich hat seit dem Wegfalle des Widerspruchsrechtes eines früheren Verlobten gegen die Vollziehung der Ehe mit einer andern Person viel von seiner früheren praktischen Wichtigkeit verloren. Ohnehin ist dasselbe bei uns niemals Gültigkeitsbedingung für die einzugehende Ehe gewesen, und verfolgte hauptsächlich nur prophylaktische Zwecke.

§. 138. Von den Ehehindernissen.

Nicht bloss die canonisch-rechtliche Eintheilung der Ehehindernisse in trennende und in bloss aufschiebende, impedimenta dirimentia und impedientia tantum, ist unserem particulären Eherechte von jeher vollkommen geläufig geblieben, sondern auch die weitere Classification der dirimentia in öffentliche und Privathindernisse, je nachdem deren Vorhandensein ein Einschreiten von Amtswegen bedingt, oder ihre Geltendmachung von dem Willen eines der Betheiligten abhängt. Für letztere (impedimenta dirimentia privata) führt das bürgerliche Gesetzbuch einen neuen terminus technicus insofern ein, als der Ausdruck „Nichtigkeitsgründe“ nur für die impedimenta dirimenta publica reservirt wird,

die privata dagegen bloss als „Anfechtungsgründe“ bezeichnet werden (§§. 1623, 1628 des B.G.B. u. s. f.). Wichtiger als diese blosse Veränderung der Terminologie ist das für die öffentlich trennenden Hindernisse geradezu als Begriffsmerkmal aufgestellte Erforderniss ihrer Indispensabilität. Weil nämlich nach einmal vollzogener Trauung die Dispensation, soweit sie überhaupt zulässig war, nicht nur nicht versagt zu werden pflegte, sondern unter Umständen selbst aufgedrängt wurde, so hatte man sich in praxi bisher schon daran gewöhnt, nur die indispensablen Fälle zu den eigentlichen Nullitätsfällen zu rechnen. Demgemäss statuirt denn auch das bürgerliche Gesetzbuch in §. 1621 eine von Amtswegen auszusprechende Nichtigkeitserklärung nur noch bei den einem öffentlichen indispensablen Verbote zuwider abgeschlossenen Ehen, während es die nach zeitheriger Auffassung zwar gleichfalls zu der Classe der impedimenta dirimentia publica zu rechnenden, aber dispensablen Fälle der Wirkung nach den bloss aufschiebenden Ehehindernissen gleichstellt, also deren Umgehung lediglich mit Geld- oder Gefängnissstrafe bedroht (§. 1627 des B.G.B., Weber, Sächs. Kirchenrecht, 1. Aufl. S. 1137, Anm. 65.).

Die Gesuche um Dispensation sind nach jetziger Kirchenverfassung dem Ressort des Ministeriums des Cultus und öffentlichen Unterrichtes zur Cognition überwiesen, welches die Dispensationen in geeigneten Fällen selbstständig und unmittelbar oder nach vorgängigem Einvernehmen mit den in Evangelicis beauftragten Staatsministern ertheilt (Regulativ, die Ressortverhältnisse zwischen dem Ministerium des Cultus etc und den in Evangelicis beauftragten Staatsministern betreffend, vom 12. Nov. 1837, im Ges. u. V.O.Bl. von 1837 S. 103, ff. und v. Weber, Sächs. Kirchenrecht, 2. Aufl. I. §. 55, S. 290.).

§. 139. **Fortsetzung**

I. Als indispensable öffentliche Ehehindernisse kennt das bürgerliche Gesetzbuch nur noch folgende:

1. Ein bereits bestehendes Eheband auf Seiten des einen oder andern Ehegatten (impedimentum ligaminis, Verbot der Bigamie §. 1590 des B.G.B.).

Auch für gemischte Ehen, welche zwischen einem Katholiken und einem geschiedenen evangelischen Glaubensgenossen bei Lebzeiten des früheren Ehegatten des Letzteren eingegangen worden, ist von unserer Landesgesetzgebung schon in dem Mandate: die Ausübung der katholisch-geistlichen Gerichtsbarkeit etc. betreffend, vom 19. Februar 1827, §. 62, das wichtige Princip festgehalten worden, dass für den katholischen Theil ein wirkliches impedimentum dirimens publicum diesfalls vorliege, und derartige Ehen daher nicht nur nicht zu gestatten, sondern auch, wenn sie geschlossen wurden, durch das zuständige evangelische Ehegericht zu annulliren seien. Unser bürgerliches Gesetzbuch im §. 1591 lässt es hierbei nicht nur bewenden, sondern rechnet auch diejenigen Fälle hierher, wo die Trennung der früheren Ehe in Folge eines Anfechtungsgrundes ausgesprochen war, den die katholische Kirche als Annullationsgrund nicht anerkennt. Ueber die Controversen des früheren Rechtes in dieser Beziehung ist zu vergl. von Weber, in der Zeitschr f. Rechtspfl. A. F. III. 212 ff., 390 ff. verb. m. Lengnick, Eheprocess, S. 83, Anm. 2, u. S. 87. —

2. Zu nahe Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft, nämlich

a. Blutsverwandtschaft in auf- und absteigender Linie, sowie unter Geschwistern, und zwar ohne Unterschied zwischen ehelichen und ausserehelichen, sowie zwischen

voll- und halbbürtiger Verwandtschaft (§. 1608 des B.G.B.). In der Seitenlinie reichen zwar die Grade der ehehinderlichen Verwandtschaft auch jetzt noch weiter, nämlich bis zum vierten Grade Römischer Computation (§§. 1609,1610 des B.G.B.), indessen in allen über die zuerst genannten hinausgehenden Fällen ist Dispensation möglich.

Das Gleiche galt schon nach zeitherigem Rechte, wo der verbotene Grad zwar bis zum dritten Grade ungleicher Seitenlinie reichte, (Mandat „Verbothener Grade im Heyrathen sich zu enthalten" vom 11. Mai 1623, und Mandat: „dass sich niemand im andern Grad gleicher und dritten Grad ungleicher Linie ohne Dispensation verehelichen solle" vom 31. Mai 1625; Regulativ vom 15. Januar 1808, §. 4). Aber der selbst von dem Mosaischen Gesetze ausdrücklich verbotene Fall der Ehe zwischen Tante und Neffe wurde in neuerer Zeit als dispensabel behandelt. Der Blutsverwandtschaft stellt übrigens das Gesetzbuch im §. 1614 insoweit auch die durch Annahme an Kindesstatt begründete bürgerliche Verwandtschaft gleich, gestattet jedoch nach Aufhebung des durch Annahme an Kindesstatt begründeten Verhältnisses (§. 1800 des B.G.B.) Dispensation.*) Soviel

b. die Schwägerschaft betrifft, bezieht sich das indispensable Verbot nur noch auf die auf- und absteigende Linie, als: Schwiegerältern und Schwiegerkinder, Stiefältern und Stiefkinder u. s. w. Hier ist dasselbe aber nach §. 1611 des B.G.B. ein unbedingtes, d. h. es fällt nunmehr selbst die bisher gemachte Ausnahme hinweg, welche für die Ehe zwischen Stiefvater und Stieftochter oder der Stiefmutter und dem Stiefsohne Dispensation dann zuliess, wenn die die Schwägerschaft begründende Ehe des Stiefvaters oder der Stiefmutter erweislich nicht durch Beischlaf consummirt worden war.**)

---

*) Gleiches tritt aber nicht ein im Falle blosser Emancipation.

**) Stiefgrossältern können sein: die Stiefältern der leiblichen

In der Seitenlinie, wo sich das Ehehinderniss der Affinität bisher gleichfalls bis zum dritten Grade ungleicher Seitenlinie erstreckte, beschränkt sich dasselbe gegenwärtig nach §. 1612 des B.G.B. nur noch auf die Ehe einer geschiedenen (nicht also einer verwittweten) Person mit den voll- und halbbürtigen Geschwistern ihres früheren Ehegatten und auch hier ist Dispensation zulässig.

Da übrigens das auf die Affinität gestützte Verbot wenigstens im Wesentlichen auf der Vorstellung einer durch den Beischlaf hergestellten Einheit des Fleisches beruhet, so folgt einestheils, dass dasselbe selbst nach Auflösung der Ehe, welche die Affinität begründete, wirksam bleibt, und anderentheils, dass auch schon der aussereheliche Concubitus Affinität in dem hier fraglichen Sinne zwischen dem einen Concumbenten und den Blutsverwandten des andern erzeugt. Das Gesetzbuch hält dieses Princip nach beiden Seiten hin gleichfalls aufrecht (§. 1611 a. E. u. §. 1613 des B.G.B.); in letzterer Beziehung jedoch mit der nicht unwesentlichen Modification, dass, wenn dem durch aussereheliche Affinität begründeten Verbote zuwider die Ehe einmal eingegangen ist, selbst da, wo ein an sich indispensabler Fall der Affinität (also in der auf- und absteigenden Linie) vorlag, ein Einschreiten von Amtswegen dennoch nicht stattfinden soll, sondern nur dem mit dem bestehenden Impedimente bisher unbekannten Ehegatten in diesem Falle ein blosses Anfechtungsrecht im Sinne des vorigen §. 138 gegeben ist (§. 1622 des B.G.B.).

3. Verschiedenheit des Religionsbekenntnisses, besonders also das Verbot der Ehe zwischen Christen und Juden (§. 1617 des B.G.B.).

4. Ehebruch unter erschwerenden Umständen. Ein un-

Aeltern und die leiblichen Aeltern der Stiefältern (eine blosse affinitas secundi generis). Nur der erstere Fall ist im gen. §. 1611 des B.G.B. gemeint.

bedingtes Verbot der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nach Auflösung des früheren Ehebandes kannte schon unser zeitheriges Particularrecht nicht, vielmehr galt auch bei uns der vorausgegangene Ehebruch nur dann als öffentliches indispensables Hinderniss für eine zwischen den ehebrecherischen Personen nachmals abzuschliessende Ehe, wenn die eine von ihnen oder beide dem unschuldigen Ehegatten erweislich nach dem Leben getrachtet, oder sie sich bereits während des Bestehens der früheren Ehe gegenseitig die Ehe zugesagt haben.

Das Gesetzbuch erwähnt in §. 1616 in Verbindung mit einem vorausgegangenen Ehebruche nur den letzteren Fall als einen indispensabeln, dagegen stellt es

5. in §. 1615, den von dem einen Ehegatten mit einem Dritten gemachten Anschlag auf das Leben des andern Ehegatten ohne Rücksicht auf einen concurrirenden Ehebruch als selbständiges indispensables Ehehinderniss auf, geht also insofern sogar weiter als das canonische Recht, welches neben den oben unter 4. erwähnten Fällen nur die wirklich ausgeführte gemeinsame Ermordung des andern Gatten als ein derartiges selbständiges Impediment gelten lässt; und es wird daher hier für die Anhänger der katholischen Kirche der oben §. 135 erwähnte Grundsatz des §. 1619 des B.G.B. praktisch.

§. 140. Fortsetzung.

II. Die trennenden Privathindernisse — welche also, wenn ihnen zuwider eine formell gültige Ehe dennoch abgeschlossen wurde, zu Anfechtungsgründen in dem oben §. 138 besprochenen Sinne werden — zerfallen:

1. in solche, wo das Anfechtungsrecht in die Hand des einen Ehegatten selbst gelegt ist. Sie reduciren sich auf Fälle der völligen Ausschliessung oder doch wesentlichen Beeinträchtigung des Willens des einen oder beider

Ehegatten bei Eingehung der Ehe. Im Vergleiche zu den über die Ungültigkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen geltenden Grundsätzen finden sich hier Fälle wirklicher Nullität mit denen blosser Anfechtbarkeit dergestalt gleichgestellt, dass es bei ihnen gleichmässig darauf ankommt, ob der betreffende Betheiligte den bezüglichen Mangel geltend machen will oder nicht, dafür aber auch, wenn es in Folge seiner Anfechtung zur eherichterlichen Aufhebung der Ehe kommt, diese nicht bloss ex nunc, sondern wie bei der Annullation mit retrotractiver Kraft von dem Augenblicke der Eheschliessung an ausgesprochen wird (§. 1628 des B.G.B.). So wird

a. die mit einem vorübergehend oder auf die Dauer des Vernunftgebrauches Beraubten eingegangene Ehe so lange als gültig behandelt, bis auf Antrag des Zustandsvormunds oder wenn der Betreffende nachmals wieder dispositionsfähig wird, auf seinen eignen Antrag die Aufhebung der Ehe durch die Ehebehörde ausgesprochen wird (§. 1592 verb. m. §§. 1623, 1624 des B.G.B.).

b. Weiter gilt der Irrthum, wie bisher, so auch künftig, als Anfechtungsgrund in dem hier fraglichen Sinne nicht bloss dann, wenn er sich auf die Identität der Person, sondern auch dann, wenn er sich nur auf gewisse Eigenschaften bezieht, deren Vorhandensein bei Schliessung der Ehe ausdrücklich vorausgesetzt worden ist, oder stillschweigend vorausgesetzt werden durfte (§. 1595 des B.G.B.). Hierher gehört vor Allem die Nichtkenntniss unheilbarer Geisteskrankheit des Anderen, oder das Vorhandensein von den Ehezweck gefährdenden unheilbaren körperlichen Gebrechen, z. B. absolute oder relative Impotenz (nicht aber blosse Unfruchtbarkeit der Frau).

Ferner gehört hierher bis zu einem gewissen Grade Unkenntniss des Verlustes der moralischen Integrität. In letzterer Beziehung berücksichtigte die zeitherige Praxis früher verübte Verbrechen, um welche der Andre

bei Eingehung der Ehe nicht gewusst hatte, nur dann, wenn sie eine entehrende Strafe (Zuchthaus) nach sich gezogen hatten oder doch mit solcher bedroht waren, während das Gesetzbuch es ganz im Allgemeinen nur davon abhängig macht, ob das Verbrechen von der Beschaffenheit gewesen, dass anzunehmen sei, es werde Jemand den Anderen, wenn er dasselbe gekannt hätte, nicht geehelicht haben (§. 1595 des B.G.B.). Ferner kam bei dem weiblichen Theile ein dem Andern unbekannt gebliebener, früherer unkeuscher Lebenswandel oder sonstige Verletzung der Virginität nach zeitherigem Rechte unbedingt als Nullitätsgrund in Betracht während bei dem Manne frühere geschlechtliche Uebertretungen nach dem Rescripte vom 24. Oct. 1808, „die Trennung der Ehe wegen eines vor Eingehung derselben von dem Ehemanne begangenen fleischlichen Verbrechens betreffend", in der Regel nur dann einen solchen abzugeben geeignet sein sollten, wenn der Verlobte seiner Braut solche auf Befragen arglistig verheimlicht oder wenn er nachweislich die Verlöbnisstreue verletzt hatte (quasiadulterium, zu vergl. oben §. 136. III a. E.).

Das Gesetzbuch (§§. 1595, 1596) stellt dagegen beide Geschlechter in dieser Beziehung gleich, jedoch dergestalt, dass frühere unbekannt gebliebene Geschlechtssünden, abgesehen von der Verletzung der Verlöbnisstreue und dem Falle widernatürlicher Unzucht, sowie abgesehen von dem zur nächsten Position unter c zu Bemerkenden, überhaupt nicht weiter als Anfechtungsgrund gelten sollen. Nur dann wird zu Ungunsten des weiblichen Theiles eine Ausnahme gemacht, wenn die Frau vor Eingehung der Ehe erwiesener Maassen von einem Andern schwanger gewesen war, der Ehemann aber solches erst nach der Eheschliessung erfahren hat (§. 1596 des B.G.B.).

c. War der Irrthum durch Betrug erzeugt, so liess man auch zeither schon den Mangel minder wesent-

licher Eigenschaften als Annullationsgrund gelten, dafern von dem Getäuschten auf deren Vorhandensein bei Eingehung der Ehe erweislich entscheidendes Gewicht gelegt worden war, und nach Lage der Sache angenommen werden durfte, dass der Betrogene ein begründetes Interesse an dem Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft gehabt habe. Indessen berechtigte eine von dritten Personen ausgegangene Täuschung dieser Art schon zeither nach der richtigeren Ansicht den Getäuschten nur dann zur Annullationsklage, wenn der andere Ehegatte fraudis conscius gewesen war. Ausserdem konnte ein auf diese Weise erzeugter error nur unter den zu b. gedachten Voraussetzungen zur Aufhebung der Ehe führen. So fasst auch das Gesetzbuch die Sache in §§. 1597, 1598 verb. m. §. 833 auf, und insbesondre kann solchergestalt absichtliche Täuschung über Vermögensverhältnisse oder früheren unzüchtigen Lebenswandel seiten des männlichen wie des weiblichen Theiles einen Anfechtungsgrund unter Umständen auch künftig noch abgeben.

d. Bei durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung erzwungener Einwilligung zur Ehe macht es keinen Unterschied, ob der Zwang von dem andern Ehegatten selbst oder von einem Dritten, z. B. den Aeltern der Verlobten ausgegangen war. Ueber die Art und Schwere der hier in Betracht kommenden Zwangsmittel entscheidet im einzelnen Falle das arbitrium judicis (§§. 1593, 1594 des B.G.B.). Unter diesen Gesichtspunkt fällt übrigens auch nach Befinden die von dem canonischen Rechte als selbständiger Nullitätsgrund behandelte Entführung (raptus).

2. Von der zweiten Classe der trennenden Privathindernisse, nämlich denen, wo das aus ihnen entspringende Anfechtungsrecht dritten Personen zusteht, bildete

a. nach zeitherigem Rechte der Mangel des älterlichen Consenses den Hauptfall, indem die dec. 31. von 1746 den einwilligungsberechtigten Ascendenten (zu vergl. oben §. 136, unter I. c.) falls deren Genehmigung umgangen worden war, beim Vorhandensein erheblicher Weigerungsgründe eine Klage auf Annullation der Ehe gab; bei unbegründeter Weigerung wurde durch nachfolgende Consenssupplirung seiten des Ehegerichts geholfen. Selbst für Fälle der Anticipation des Beischlafes durch die Verlobten, resp. einer hinzutretenden Schwängerung der Braut hielt die Decision das älterliche Widerspruchsrecht mit seiner oben bezeichneten Wirkung ausdrücklich aufrecht und die in ihr von Neuem anerkannte Ausnahme hiervon betraf nur den singulären Fall, dessen schon das sogenannte Zabeltitzer Mandat vom 16. Novbr. 1648 Erwähnung thut. Das Gesetzbuch entzieht dagegen den Ascendenten das Recht auf Anfechtung einer ohne ihr Vorwissen eingegangenen Ehe gänzlich, und behandelt daher den Mangel des älterlichen Consenses in §§. 1600 ff. nur noch als aufschiebendes Ehehinderniss. Daneben ist nicht bloss die Möglichkeit der Consenssupplirung für die Fälle eines ungerechtfertigten Widerspruches beibehalten, sondern auch das Enterbungsrecht, welches unsere frühere Gesetzgebung dem einwilligungsberechtigten Ascendenten im Falle einer gegen seinen Willen erfolgten Eheschliessung einräumte, in §. 2576 des B.G.B. von Neuem aufgenommen. Das Nähere hierüber im Erbrechte.

b. Ein auch künftig noch hierher zu rechnender Fall ist aber die ohne Genehmigung der vorgesetzten Militärbehörde eingegangene Ehe einer niederen Militärperson vom Feldwebel abwärts (Rescripte vom 17. März 1709 und vom 31. Juli 1726, verb. m. §. 68 der Ordonnanz v. 19. Juli 1828*). Weber, Kirchenrecht,

*) Das Gesetz des Norddeutschen Bundes über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschliessung vom 4. Mai 1868

1. Aufl., S. 1207, no. 3. stellt diesen Fall sogar unter die impedimenta dirimentia publica. Das ausschlaggebende Moment für die Einordnung desselben in der hier in Rede stehenden Classe der Ehehindernisse dürfte jedoch darin liegen, dass der einer solchen Ehe entgegenstehende Mangel durch die nachträgliche Beibringung des Licenzscheines gehoben werden kann. In dem Gesetzbuche ist die Fortgeltung dieser Bestimmungen durch die allgemeine Vorschrift in §. 1618 salvirt, und die Aeusserung in den Motiven zu diesem Paragraphen, dass zur Zeit auch in dem hier bezeichneten Falle Nichtigkeit der dem Verbote zuwider geschlossenen Ehe nicht angedroht sei, ist anscheinend nur gegen die obige Annahme eines öffentlichen indispensablen Ehehindernisses gerichtet. Das Gesetz über Erfüllung der Militärpflicht vom 24. Decbr. 1866, §§. 26 u. 73, enthält nur die auf das frühere Recht zurückweisende Bestimmung, dass den der activen Armee, bez. der sogenannten Ersatzreserve, angehörigen Mannschaften ohne besondere Genehmigung der Militärbehörde die Verehelichung nicht zu gestatten sei, wogegen den Reservisten sowohl als den Landwehrmännern im Friedensstande die Begründung eines eigenen Haushaltes durch Verheirathung vollkommen freisteht.

§. 141. Fortsetzung.

III. Bloss aufschiebende Ehehindernisse.

Derartige Hindernisse sind, ausser den schon gelegentlich erwähnten,

a. Mangel des vorschriftsmässigen Alters auf Seiten des einen oder anderen Verlobten, nämlich auf Seiten des männlichen das 21., auf Seiten des weiblichen das 16. Altersjahr (§. 1589 des B.G.B.). Die erstere

(S. 149 des Bundesgesetzbl. f. 1868) §. 2. Abs. 2 und §. 5 lässt es bei den bisherigen Vorschriften rücksichtlich der Militärpersonen bewenden.

Altersstufe war schon nach früherem Rechte, obwohl nur aus polizeilichen Rücksichten, für erforderlich erklärt worden (Mandat, das frühzeitige Heirathen der jungen Mannspersonen etc. betreffend vom 20. September 1826).

b. Bei bevormundeten Personen Mangel der obervormundschaftlichen Genehmigung (§. 1599, verb. m. §. 1921 des B.G.B.). Ueber das zeitherige Recht ist zu vergl. das oben §. 136 Gesagte. Nach der Ratio der jetzigen Bestimmung wird man im Falle der Umgehung des obervormundschaftlichen Decretes zwar nicht Ungültigkeit der Ehe an sich, wohl aber soviel behaupten dürfen, dass bis zur nachträglichen Beibringung des Decrets die Eheschliessung auf das unter obervormundschaftlicher Controle stehende Mündelvermögen nicht zurück wirken könne. Zugleich folgt aber auch, dass der von dem Römischen Rechte sogar unter die impedimenta dirimentia publica gestellte, und selbst noch von unserer Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §§. 12 ff. besonders ausgezeichnete Fall, wenn der Vormund selbst oder eines seiner Kinder mit dem Bevormundeten eine Ehe eingehet, sein Eigenthümliches nunmehr verloren hat.

c. Das bei Scheidung einer früheren Ehe für den schuldigen Theil in das Scheidungsurthel direct oder indirect aufgenommene Verbot einer anderweiten Verehelichung. Dasselbe wirkt jedoch nur bis zum Tode des anderen geschiedenen Ehegatten oder bis zu erlangter Dispensation (§. 1606 des B.G.B.). Wegen des älteren Rechtes ist zu vergl. Rescript, die Verehelichung geschiedener Personen betreffend vom 5. September 1808 und dazu Pechwell, Annalen des K. O.A.G. A. F. IV. S. 1 ff..

d. Die Trauerzeit des Wittwers und der Wittwe. Bei Ersterem beträgt dieselbe ein halbes, bei Letzterer ein ganzes Jahr (Regulativ wegen des Aufgebotes und der Trauung vom 15. Januar 1808, §. 14, verb. m. §. 1605 des B.G.B.). Die Dispensation ist zwar zulässig,

wird aber bei den Wittwen wegen zu besorgender perturbatio sanguinis, so lange die Möglichkeit einer aus ihrer ersten Ehe herrührenden Schwangerschaft existirt, nur nach vorgängiger eidlicher, respective mittels Handschlages an Eidesstatt zu ertheilender Versicherung: dass sie nicht schwanger sei, bewilligt. Aus letzterem Grunde ist übrigens, obwohl natürlich mit gleicher Dispensationsmöglichkeit, auch den geschiedenen Frauen während eines, hier jedoch nur auf zehn Monate beschränkten Zeitraumes von Scheidung der früheren Ehe ab die Wiederverheirathung selbst dann untersagt, wenn ihnen in dem Scheidungsurthel solche im Allgemeinen nachgelassen sein sollte.

e. Der Mangel der königlichen Genehmigung zu den von Officieren oder ihnen im Range gleichstehenden Personen einzugehenden Ehen. Die Uebertretung dieses Verbotes zieht nämlich im Gegensatze zu dem oben §. 140 a. E. Bemerkten nur Militärstrafen, nach Befinden Dienstentlassung nach sich (Militärstrafgesetzbuch vom 13. August 1855, Art. 169, und jetzt Militärstrafgesetzbuch vom 4. Novbr. 1867. §. 180.). Zur Erlangung dieser Genehmigung ist übrigens vom Hauptmann (früher Rittmeister zweiter Classe) abwärts nicht nur Nachweis eines bestimmten Vermögens, sondern sogar dessen Sicherstellung durch Deposition oder auf andere Weise erforderlich (Gesetz: die Sicherstellung des bei Verehelichung von Officieren der Königl. Sächsischen Armee erforderlichen Vermögens betreffend, vom 4. Juli 1855). Ausserdem bestehen noch

f. in Ansehung der Ausländer im Allgemeinen, wie der ausländischen Gewerbsgehülfen insbesondre, ingleichen der inländischen Almosenpercipienten eine Reihe polizeilicher Bestimmungen, welche alle den Zweck haben, zu verhüten, dass die Familien solcher Personen im Falle der Verarmung der Ortsgemeinde zur Last fallen (Hau-

bold. §. 63b. und Armenordnung von 1840, §. 70). Das unterm 4. Mai 1868 erschienene Norddeutsche Bundesgesetz „über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschliessung“ hat dieselben jedoch für die Angehörigen des Norddeutschen Bundes beseitigt.

§. 142. Auflösung der Ehe.

A. Durch richterliches Erkenntniss.

Eine formrichtig eingegangene Ehe (zu vergl. ob. §. 137) kann bei Lebzeiten beider Ehegatten nur durch Erkenntniss des competenten Ehegerichtes für beendet erklärt werden. Dies kann geschehen:

I. durch Nichtigerklärung im Falle eines entgegenstehenden öffentlichen indispensablen Hindernisses (zu vergl ob. §. 139), und zwar solchenfalls von Amtswegen (§. 1621 des B.G.B.). Schon das Criminalgesetzbuch von 1838, Artt. 211, 218 und ebenso das bez. revidirte Strafgesetzbuch von 1855 und 1868, Artt. 261, 271 setzten bei Bestimmung des Begriffes des Ehebruches und der Doppelehe auch in diesen Fällen in Gemässheit des im canonischen Rechte festgehaltenen Principes ein förmliches richterliches Erkenntniss auf Trennung voraus, während die zeitherige Sächsische Ehegerichtspraxis dessen Nothwendigkeit nicht immer und gleichmässig anerkannte (Weber, Kirchenrecht erste Auflage II, 3. Abth. S. 1207 — Lengnick, Eheprocess, S. 86, verb. m. Ann. d. O.A.G. Ä. F. I, 250.).

II. Durch Aufhebung der Ehe in Folge von Anfechtung (zu vergl. oben §. 140).

III. Durch Scheidung vom Bande.

Letzteren beiden Fällen sind gewisse Grundsätze rücksichtlich der Ausschliessung des darauf gerichteten Klagrechts gemeinsam. — Ueber dieses ist zu vergl. unten §. 144.

§. 143. Fortsetzung.

Zu III des vorigen Paragraphen.

Von der Ehescheidung insbesondre.

Die Ansicht, welche die nach protestantischem Eherechte zulässige Trennung vom Bande nicht bloss in den auf die heilige Schrift gestützten Fällen des Ehebruches und der böslichen Verlassung*) gestattet, ist bei uns in Sachsen schon durch die Resolutiones in consistorialibus vom 27. Januar 1786, no. 13 zur gesetzlichen Anerkennung gelangt, insofern dort gewisse Handlungen des Ehegatten, die der ehelichen Treue und dem Zwecke der Ehe ebensosehr als der Ehebruch und die malitiosa desertio zuwiderlaufen, für gültige Scheidungsgründe erklärt werden. Durch Gesetzgebung und Praxis haben sich demgemäss folgende im Wesentlichen auch in das Gesetzbuch übergegangene Scheidungsgründe entwickelt:

1. Dem gewöhnlichen Ehebruche stehen hier nicht bloss Bigamie, sowie sonstige gröbere Fleischesvergehen, wie Sodomie, Incest u. s. w., soweit die Letzteren während des Bestehens der Ehe begangen sind, gleich, sondern es wurde auch nach zeitherigem Rechte schon das sogenannte adulterium praesumtum**) nach Befinden als ausreichend angesehen. Nach einer sehr verbreiteten Ansicht liess man sogar auch das sogenannte adulterium inchoatum im Gegensatze zum blossen attentatum***) als Scheidungsgrund gelten, indem man unter

---

*) Ehebruch: Ev. Matth. V, 32, XIX, 9. Ev. Marc. X, 2—12, Ev. Lucä XVI, 18. Bösliche Verlassung: 1. Corinth. VII, 10, 11 und 15.

**) Ueber den Begriff desselben ist zu vergleichen Weber, Kirchenrecht, 1. Aufl. III 2, §. 131 nach Note 57 und vor Note 65, S. 1237 und S. 1242. Lengnick: der Sächs. Eheprocess §. 29. S. 104 f. und die dort angeführten canonischen Gesetzesstellen.

***) Für die Consummation des Verbrechens ist im Gegensatze zum älteren Rechte entscheidend §. 24 des Gesetzes über die Be-

dem ersteren gewisse, der Vollendung nahe kommende Versuchshandlungen begriff, und auf solche hin die Scheidung bereits aussprach. Das bürgerliche Gesetzbuch im §. 1715 beseitigt diese Controverse dadurch, dass es dem bloss versuchten Ehebruche die Kraft eines Ehescheidungsgrundes ganz abspricht. Das sogenannte adulterium praesumtum übergeht dasselbe mit Stillschweigen, so dass in dieser Beziehung lediglich die Beweisfrage des einzelnen Falles zu entscheiden haben wird.

Der Scheidung wegen Ehebruches hat in der Regel (Ausnahme vergl. §. 1717 des B.G.B.) die Criminaluntersuchung gegen den schuldigen Theil vorauszugehen, und der Verletzte hat daher bei Verlust seiner Scheidungsklage vor Ablauf der in Art. 110 des rev. Strafgesetzbuches geordneten Verjährungsfrist bei dem Strafrichter die Untersuchungseinleitung zu beantragen, dafern nicht die Verletzung der ehelichen Treue im einzelnen Falle zugleich ein von Amtswegen zu untersuchendes Vergehen begründet, und vor Ablauf jener Frist bereits ein Einschreiten des Richters erfolgt (Gesetz die Ehescheidungsklage etc. betreff., vom 3. April 1838. — §§. 1716, 1719, 1729 des B.G.B.). Dabei ist der frühere Zweifel, ob für den diesfallsigen Verlust des Klagrechtes in allen Fällen nur die a tempore notitiae für den Verletzten laufende einjährige Antragsverjährung entscheidend sei und ob daher ein Ehebruch, der erst nach Verfluss der allgemeinen funfzehnjährigen Verjährung zur Kenntniss des Verletzten kommt, doch noch als Scheidungsgrund benutzt werden könne, durch das Gesetzbuch im §. 1719 in

strafung der fleischlichen Vergehen vom 8. Februar 1834 und seitdem Art. 162 des Criminalgesetzbuches vom 30. März 1838 (wozu zu vergl. der Commentar von Held und Siebdrat S. 228 zu Art. 162 und S. 223 zu Art. 158), später Artt. 186 und 358 verb. m. Art. 259 des früheren und revidirten Strafgesetzbuches vom 11. Aug. 1855 und 1. October 1868.

Uebereinstimmung mit dem Prinzipe des bez. revidirten Strafgesetzbuches Art. 111 Abs. 2, verneinend entschieden worden. Uebrigens ist das Resultat der Criminaluntersuchung für die davon abhängige Ehesache nicht dergestalt präjudiciell, dass eine Freisprechung in der Strafsache auch die An- resp. Fortstellung der Ehesache hinderte, vielmehr kann der Verletzte in letzterer verlangen, noch zu einem civilprocessualen Beweise des Ehebruches zugelassen zu werden, ebenso wie in dem Falle, wenn der Strafrichter von vornherein die Einleitung der Untersuchung wegen Mangels ausreichender Verdachtsgründe abgelehnt haben sollte (§§. 1716 a. E., 1717 des B.G.B.). Die dem klagenden Theile nachgewiesene gleiche Verschuldung begründet die exceptio compensationis. und zwar ist dieselbe, wenn sie sofort aus den Acten erhellt, von dem Richter sogar von Amtswegen zu beachten, auch kommt bei dem zur Compensation benutzten Ehebruche Nichts darauf an, ob derselbe bereits verjährt ist oder nicht (§§. 1722 ff. des B.G.B. verb. mit Mandat die Rechtsfrage betreff., ob bei den wegen Ehebruches anhängig gemachten Scheidungsprocessen die Ausflüchte der Compensation u. s. w. amtswegen zu berücksichtigen seien? vom 30. December 1822.).

2. Bösliche Verlassung. Der Begriff derselben, wie ihn das revidirte Strafgesetzbuch in Art. 265 aufstellt, setzt neben der auf Nichtfortstellung der Ehe gerichteten Absicht des Verlassers noch weiter dessen Entfernung in das Ausland oder die Verheimlichung seines derzeitigen Aufenthaltsortes voraus; für das Eherecht kommen aber überhaupt alle Fälle einseitiger, grundloser Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, auch wenn dieselben mit einem blossen Getrenntleben an einem bekannten Orte des Inlandes verbunden sind oder selbst nur in einer hartnäckigen Verweigerung der Leistung der ehelichen Pflicht sich aussprechen (quasi desertio)

unter Umständen als Ehescheidungsgrund in Betracht. Ueberall wird jedoch, um darauf hin die Ehetrennung aussprechen zu können, jetzt (nach §. 1731 des B.G.B.) gleichmässig erfordert, dass die willkürliche Suspension der ehelichen Gemeinschaft mindestens ein Jahr lang angedauert haben müsse; — über die Berechnung dieser Jahresfrist zu vergl. Annalen des O.A.G. N. F. Bd. I. S. 126 ff. — während man bisher im Falle der Verheimlichung des Aufenthaltsortes sich nach richterlichem Ermessen schon mit einer sechsmonatigen Frist begnügte (Rescript an das Oberconsistorium von der Zeit, wenn der Desertionsprocess statt hat, vom 21. April 1608), und im Falle der Entweichung in's Ausland von dem Requisite einer Zeitdauer nach Befinden ganz absah. Es unterscheiden sich daher die verschiedenen Formen, unter denen die Desertion auftritt, praktisch nur noch theils durch die verschiedene processuale Behandlung der einzelnen Fälle, in denen sich das Verfahren anders gestaltet, jenachdem der Aufenthaltsort des renitenten Ehegatten ein bekannter oder unbekannter, und im ersteren Falle, jenachdem er ein solcher ist, wo die Anwendung des vorher einzuleitenden Zwangsverfahrens auf Fortstellung der Ehe ausführbar erscheint oder nicht (vergl. über das Verfahren Lengnick, Eheprocess, S. 114 ff. — Osterloh, summ. bürgerl. Prozesse, §§. 147 ff.), theils dadurch, dass bei der böslichen Verlassung im strafrechtlichen Sinne in der Anbringung der Klage auf Ehetrennung zugleich der Antrag auf Bestrafung des schuldigen Theiles gefunden werden soll (früheres und revidirtes Strafgesetzbuch, Art. 267). Der Ausgang der Criminaluntersuchung braucht jedoch hier nicht wie bei der Ehebruchsklage von dem Ehegerichte abgewartet zu werden. Auch darin stehen sich gegenwärtig nach §. 1732 des B.G.B. die Fälle der desertio und quasidesertio einander gleich, dass die von dem schuldigen Theile bekundete

ernstliche Bereitwilligkeit zur Fortsetzung der Ehe bis zur Bekanntmachung des Scheidungserkenntnisses jederzeit Berücksichtigung finden soll, während man früher mehr oder weniger allgemein annahm, dass der unschuldige Ehegatte nicht bloss durch vergebliche Erschöpfung des Zwangsverfahrens, sondern auch bei dem eigentlichen Desertionsverfahren schon durch das Ausbleiben des Schuldigen im zweiten Edictaltermine ein jus quaesitum auf Ehetrennung erlange (Bekanntmachung des Oberappellationsgerichtes vom 4. Juli 1835 im Gesetz- und Verordn.-Bl. S. 471).

3. Der böslichen Verlassung analog war bereits durch das Rescript: die Ehescheidung wegen lebenslänglicher Zuchthausstrafe betreff., vom 25. Februar 1751 eine über den einen Ehegatten verhängte lebenslängliche Zuchthausstrafe als ausreichender Scheidungsgrund für den anderen Theil anerkannt worden. Späterhin begnügte sich die Praxis schon mit einer vierjährigen Zuchthausstrafe, und nach der namhaften Beschränkung der Zuchthausstrafen durch die neuere Strafgesetzgebung je nach Umständen sogar schon mit einer mehrjährigen Gefängniss- oder Arbeitshausstrafe, selbst von kürzerer Dauer. Zugleich schob sich allmählich insofern ein zweiter veränderter Gesichtspunkt unter, als bei beschimpfenden Vergehen schon die Zuerkennung der Strafe und nicht erst deren wirkliche Vollstreckung als ausschlaggebendes Moment betrachtet wurde. Das Gesetzbuch §. 1740 erfordert nicht bloss eine mindestens dreijährige zuerkannte Freiheitsstrafe, sondern verlangt auch noch ausserdem, dass das Verbrechen, welches zu Auflegung der Strafe geführt hat (und bei der Concurrenz mehrerer, wenigstens eines von ihnen) ein vorsätzliches gewesen sein müsse.

4. In Gemässheit des oben im Eingange dieses Paragraphen angedeuteten extensiven Gesichtspunktes be-

zeichneten die Resolutiones in consistorialibus (no. 13) zunächst nur die prämeditirten Lebensnachstellungen als Scheidungsgrund. Die Praxis fügte dem später nicht bloss im Allgemeinen Leben und Gesundheit gefährdende Misshandlungen hinzu, sondern selbst schon blosse Bedrohungen mit solchen, wenn dieselben gegründete Besorgniss einer derartigen Gefährdung hervorzurufen geeignet seien. Das Gesetzbuch dagegen gesteht in §§. 1735 f. ausser den insidiis vitae structis nur noch den lebensgefährlichen Misshandlungen die volle Bedeutung eines Scheidungsgrundes zu. Bloss gesundheitgefährdende Thätlichkeiten lässt es nach §. 1736 nur bei längerer Fortsetzung als einen solchen gelten, dergestalt, dass darauf hin zunächst nur zeitweilige Trennung von Tisch und Bett und erst nach wiederholter Misshandlung Trennung vom Bande eintreten kann, während es blosse Bedrohungen mit Recht gar nicht in Betracht zieht.

Verwandt hiermit ist der auch von dem Gesetzbuche anerkannte Grund, welcher der Ehefrau, aber auch nur dieser (nicht mehr, wie nach früherer Praxis, auch dem Manne) dann zur Seite stehen soll, wenn sie durch ärztliches Gutachten nachzuweisen vermag, dass ihr wegen eines unheilbaren Gebrechens, mit welchem sie behaftet sei, bei fortgesetztem ehelichen Zusammenleben aus der Ausübung des Beischlafes Lebensgefahr drohe*) (§. 1742 des B.G.B.).

5. Als dem Ehezwecke direct zuwiderlaufend wurde schon nach zeitheriger Observanz verschuldete Impotenz und habituelle Trunksucht gleichfalls als Scheidungsgrund behandelt. Das Gesetzbuch behält beide Gründe zwar im Allgemeinen bei, verlangt aber im ersteren Falle absichtlich herbeigeführte Impotenz

*) Das Versprechen des Mannes: sich des ehelichen Beischlafes zu enthalten, kann die Klage der Frau nicht elidiren. Weber, Kirchenrecht, 1. Aufl. II. 3. S. 1271, Note 16 a. E.

(§. 1734 des B.G.B.) und lässt in Folge von Trunksucht zunächst nur Scheidung von Tisch und Bett zu, dergestalt jedoch, dass auch hier, wenn nach beendeter Separation keine Besserung erfolgt ist, mit Ablauf eines Jahres von dem andern Theile Trennung vom Bande verlangt werden kann (§. 1733 des B.G.B.).

6. Als eine unverkennbare Verletzung des in den bisherigen Fällen 1—5 festgehaltenen Princips einer auf Seiten des verklagten Theiles vorauszusetzenden Verschuldung erscheint die schon in der Consistorialpraxis aufgekommene Ansicht, dass durch überkommene Geisteskrankheit des einen Theiles, sobald nur deren Unheilbarkeit genügend constatirt sei, dem andern ein Recht auf Ehescheidung erwachse. Das Gesetzbuch beschränkt diesen Grund in §. 1743 wenigstens praktisch insofern, als es eine vorherige dreijährige Beobachtung des Kranken in einer Landesheilanstalt und ein von den Anstaltsärzten darauf hin ausgestelltes, die Unheilbarkeit constatirendes Attest fordert. Endlich erkennt es auch

7. abweichend von der zeitherigen Auffassung (Weber, Kirchenrecht. 1. Aufl. II, 3. S. 1277 bei und in Note 25) den Religionswechsel des einen Ehegatten als einen dem andern zur Seite stehenden Scheidungsgrund an (§. 1744 des B.G.B.).

§. 144. Fortsetzung.

Von den Anfechtungsgründen (s. ob. §. 140, I.) und den Scheidungsgründen gilt der gemeinsame Grundsatz, dass wie überhaupt ihre Geltendmachung von der freien Entschliessung des unschuldigen Theiles abhängt, auch wirksam auf dieselben verzichtet werden könne. Dieser Verzicht, den man hier mit dem technischen Namen Verzeihung bezeichnet, kann nicht nur ausdrücklich, sondern regelmässig auch stillschweigend erfolgen, und

zwar legt das Gesetz hier häufig nicht allein dem nach erlangter Kenntniss vom Anfechtungs- oder Scheidungsgrunde mit dem Andern gepflogenen Beischlaf, sondern auch oft schon der während eines ganzen Jahres unterlassenen Klaganstellung die Wirkung eines factischen Verzichtes bei (§§. 1624, 1625, 1720, 1737, 1741, 1744 ff. des B.G.B.).

Bei der Scheidungsklage wegen Ehebruches und böslicher Verlassung wirkt auch die Rücknahme des Strafantrages beim Untersuchungsrichter für den Eheprocess als Verzeihung, und zwar kann hier in favorem matrimonii diese Rücknahme ausnahmsweise auch noch nach Bekanntmachung des Straferkenntnisses und selbst nach bereits angetretener Strafe erfolgen, dafern nicht die Ehe bis dahin bereits geschieden ist (Rev. Straf-G.B. Artt. 264, 267.).

Noch gelten hier folgende speciellere Grundsätze:

a. bei der Ehescheidungsklage wegen Ehebruches ist die aus der nachmaligen Leistung der ehelichen Pflicht zu ziehende Folgerung nicht bloss eine unbedingt wirksame, sondern sogar von richterlichen Amtswegen zu berücksichtigende (§§. 1720, 1723 des B.G.B.). Bei der Anfechtungsklage wegen Zwanges oder Furcht soll nach §. 1625 besonders noch darauf gesehen werden, dass die Hingabe zum Beischlafe nicht etwa noch unter dem Einflusse der vorausgegangenen Einschüchterung erfolgt sei. Bei dem in §. 143, No. 7. gedachten Falle des Religionswechsels dagegen soll sogar aus der späteren Vollziehung des Beischlafes mit dem Andern überhaupt nicht ein stillschweigender Verzicht gefolgert, ein solcher vielmehr in diesem Falle überhaupt nur dann angenommen werden, wenn der seiner Religion Treugebliebene die Klaganstellung während eines einjährigen Zeitraumes unterlässt.

b. Bedingte Verzeihung oder eine solche, mit

Vorbehalt des Rechtes auf Scheidung gilt als unbedingte; nur ausnahmsweise kann bei der Klage wegen Ehebruches oder lebensgefährlicher (u. s. w.) Misshandlungen eine Bedingung dann, wenn sie ihrer Tendenz nach die Erhaltung der Ehe bezweckt, zugelassen werden.

c. Wie bei dem Ehebruche, so soll auch bei den auf Lebensnachstellung und Misshandlung gestützten Scheidungsgründen, abgesehen von dem Falle einer während eines Jahres a tempore notitiae unterlassenen Klaganstellung, das Recht auf Scheidung schon dann erlöschen, wenn von den Insidien an ein fünfzehnjähriger Zeitraum abgelaufen ist (§. 1739 des B.G.B.).

§ 145. Trennung von Tisch und Bett.

Dieselbe hebt nur die Verpflichtung resp. Berechtigung zum ehelichen Zusammenleben auf, ohne im Uebrigen an dem Fortbestande der Ehe und deren Rechtswirkungen (einzelne Ausnahmen hiervon unten §§. 147 f.) etwas zu ändern (§§. 1753—1763 des B.G.B.). Nach evangelischem Kirchenrechte kann dieselbe nur als eine interimistische eherichterliche Verfügung vorkommen, theils während der Dauer des auf Trennung gerichteten Eheprocesses bis zum dereinstigen Enderkenntnisse, theils auch ausserhalb eines solchen Rechtsstreites nur zu dem Zwecke, um bei vorhandenem ehelichen Zerwürtnisse Frist zur gütlichen Ausgleichung und zur Beruhigung der Gemüther zu gewinnen. Die längste zulässige Dauer im letzteren Falle ist ein Jahr. Immerwährende Trennung von Tisch und Bett kommt nur bei rein katholischen oder gemischten Ehen in Frage. Bei letzteren soll jedoch die nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes auszusprechende separatio perpetua für den evangelischen Theil immer als Trennung vom Bande und umgekehrt für den katholischen Theil die ausgesprochene Scheidung

als beständige Trennung von Tisch und Bett gelten. Durch das Gesetz: eine Bestimmung über Trennung gemischter Ehen enthaltend, vom 31. Januar 1835 war übrigens schon bestimmt, dass, wenn in Folge des im einzelnen Falle zur Anwendung zu bringenden canonischen Rechtes (zu vergl. oben §. 135) nicht einmal zu einer beständigen Scheidung von Tisch und Bett zu gelangen sein sollte, obgleich nach protestantischem Kirchenrechte völlige Scheidung vom Bande möglich gewesen sein würde, der klagende evangelische Theil dann das Recht haben soll, nach Ablauf eines Jahres von Beendigung des ersten Eheprocesses an Trennung vom Bande zu verlangen, vorausgesetzt, dass der vorher wiederholt abgehaltene Sühneversuch erfolglos geblieben ist. Das Gesetzbuch wiederholt diesen Grundsatz in §. 1769.

§. 146. B. Trennung der Ehe durch den Tod.

I. Ueber den von den Gesetzen zum Zwecke der Wiederverheirathung unter Umständen nachgelassenen erleichterten Todesbeweis ist das im allgemeinen Theile §. 16 Band I. S. 53 Bemerkte zu vergleichen.

II. Abgesehen hiervon steht aber dem Tode als Grund zur Auflösung der Ehe auch noch die richterliche Todeserklärung insofern gleich, als der Ehegatte des Verschollenen nach Eintritt der Rechtskraft des die Todeserklärung aussprechenden Erkenntnisses, und dafern er annoch sein Nichtwissen über Tod oder Leben des Verschollenen eidlich bestärkt, die bestandene Ehe durch das competente Ehegericht „für beendigt erklären lassen kann“ (§. 1708 des B.G.B.). Und zwar bezieht sich die Wirkung dieses Ausspruches auf den Zeitpunkt zurück, wo die den Zustand der Verschollenheit begründende Frist abgelaufen war. Da der gedachte eherichterliche Ausspruch übrigens nur für das Recht des zu-

rückgebliebenen Ehegatten zu anderweiter Eheschliessung von Bedeutung ist, so verliert er von selbst seine Kraft, sobald der Todtgeglaubte zurückkehrt, bevor noch der andere Ehegatte von dem Befugnisse der Wiederverheirathung Gebrauch gemacht hat (§. 1709 des B.G.B.). Hat er dies aber gethan, so prävalirt im Falle der Rückkehr des Verschollenen die neu eingegangene Ehe. Es bleibt jedoch dem Zurückgebliebenen nachgelassen, binnen sechs Monaten von der Rückkehr seines ersten Ehegatten an, auf Scheidung der neuen Ehe anzutragen (§. 1710 des B.G.B.). Der Zurückgekehrte selbst aber oder Derjenige, mit welchem sich der Zurückgebliebene anderweit verheirathete, haben kein Recht, die Trennung dieser zweiten Ehe zu verlangen.

2. Abschnitt. Von den Wirkungen der geschlossenen Ehe.

§. 147. Wechselseitige Wirkungen zunächst auf die Personen der Ehegatten unter sich.

Gemeinschaftliche Voraussetzung für die hier in Frage kommenden rechtlichen Beziehungen ist einerseits die auf sittlich-religiöser Grundlage beruhende Auffassung der Ehe als einer dauernden innigen Lebensgemeinschaft, andererseits die dem Manne darin zukommende überwiegende Stellung als des Hausherrn und Familienoberhauptes. Hierher gehört:

1. der Satz, dass die Ehefrau nicht bloss den Familiennamen, sondern auch den Stand des Ehemannes theilt, eine Folge, die auch nach Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung fortdauert (§§. 1632, 1748 des B.G.B.);

2. die beiden Ehegatten gleichmässig obliegende Pflicht zum ehelichen Zusammenleben sowie zur Bewahrung gegenseitiger Treue (§. 1630 des B.G.B), womit

die Pflicht der Ehefrau, dem Ehemanne an den in verständiger Erwägung ihrer beiderseitigen Bedürfnisse gewählten Wohnsitz zu folgen und die correspondirende Verpflichtung des Mannes, die Frau bei sich aufzunehmen, in unmittelbarem Zusammenhange stehet (§. 1636 verb. m. §. 1633 des B.G.B.). Wegen der im Falle einer vorsätzlichen Verletzung dieser Verpflichtungen dem Verletzten nach Befinden offenstehenden Strafanträge und civilrechtlichen Rechtsmittel ist zu vergl. oben §. 143, 1. 2.

3. Die Verpflichtung zur Alimentation und zur Beschaffung der Mittel für Erhaltung des gemeinschaftlichen Hausstandes ist zwar gleichfalls in gewisser Beziehung eine gegenseitige, resp. beiden Ehegatten gemeinsam obliegende. Jedoch greift die des Ehemannes ihren Voraussetzungen wie ihrem Umfange nach viel weiter als die der Frau, insofern Letztere zum Unterhalte des Mannes überhaupt erst im Falle der Noth, d. h. seiner gänzlichen Verarmung und Erwerbsunfähigkeit verpflichtet wird, während der Ehemann seine Ehefrau ganz ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe ihm Vermögen zugebracht hat oder solches sonst besitzt, aus eigenen Mitteln seinen Standes- und Vermögensverhältnissen entsprechend zu erhalten verbindlich ist (§. 1637 verb. m. §. 1634 des B.G.B.).

Dasselbe gilt von der Verpflichtung des Mannes zur Bestreitung der Haushaltungskosten (§. 1635 des B.G.B.), und es erscheint als etwas Zufälliges, wenn derselbe im einzelnen Falle für den diesfallsigen Aufwand durch die ihm gesetzlich an dem Vermögen der Frau zustehenden usufructuarischen Rechte ganz oder theilweise Entschädigung erhält.

Wohl aber darf er die Thätigkeit der Frau bei Besorgung des Hauswesens sowie deren Unterstützung in dem von ihm zu ihrem gemeinsamen Unterhalte betriebenen Gewerbe voll in Anspruch nehmen (§. 1631 des B.G.B.). Hand in Hand mit dieser Verpflichtung der Frau

zur Führung der Hauswirthschaft gehet wiederum deren Befugniss, in den die laufenden häuslichen Bedürfnisse betreffenden Angelegenheiten selbständig, d. h. ohne Beitritt des Mannes mit dritten Personen zu contrahiren, und zwar mit der Wirkung, dass durch dergleichen Rechtsgeschäfte nicht sie selbst, sondern nur der Ehemann verpflichtet wird. Den von der Mehrzahl der Germanisten (Kraut, die Vormundschaft, Bd. II. S. 557. Note 8. — Gerber, System §. 231. not. 8.) diesem Verfügungsrechte der Frau untergelegten Gesichtspunkt eines eigenen selbständigen Befugnisses erkennt unser Particularrecht gleichwohl nicht an, sondern hat dasselbe von jeher als eine von den Ehemanne erst wieder abgeleitete Ermächtigung behandelt, die deshalb auch von diesem jederzeit beliebig beschränkt resp. ganz zurückgezogen werden kann. (Für das frühere Recht Langenn und Kori, Erörterungen Bd. II. no. 11 [S. 113 ff. der 2. Aufl.] jetzt §. 1645 des B.G.B.) Selbstverständlich braucht jedoch der Dritte eine derartige gänzliche oder theilweise Revocation des präsumtiven Mandates der Frau nur insoweit gegen sich gelten zu lassen, als ihm solche zur Zeit des Contractsabschlusses erweislich bekannt gewesen. Eine besondere Bestimmung rücksichtlich der Ermiethung weiblicher Dienstboten durch die Frau enthält die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, §. 6. — Auf die Dauer einer Trennung der Ehe von Tisch und Bett cessirt das gedachte Verfügungsrecht der Frau ganz §. 1756 des B.G.B. a. E.).

Einzelne hierher gehörige Grundsätze sind noch folgende:

a. Die Vorschrift der dec. 36 von 1746 verb. m. Erläuterungsrescript vom 3. April 1750, womit das bürgerliche Gesetzbuch im §. 1680 übereinstimmt, berührt insofern eine als Ausfluss der ehemännlichen Alimentationspflicht erscheinende Frage, als darnach der Ehemann,

dessen Ehefrau wegen eines Vergehens in Untersuchung und Haft kommt, während der Dauer der Haft zwar zur Bestreitung ihrer Unterhaltskosten (ebenso wie der Kosten ihrer Vertheidigung) angehalten werden soll, die diesfallsige Verpflichtung aber, im Gegensatze zu der allgemeinen Alimentenpflicht des Mannes nur als eine subsidiäre behandelt wird, so dass beim Vorhandensein eigenen Vermögens der Frau dieses zunächst dazu zu verwenden ist — ein Grundsatz, den die Verordnung der vormaligen Landesregierung vom 30. April 1821 §. 4 auch in Betreff des im Falle der Einlieferung der Frau in eine Landesstrafanstalt dem Manne anzusinnenden jährlichen Sustentationsquantums von jährlich 20 Thlr. — §. 1 der Verordnung — noch besonders anerkennt. Ebenso treffen

b. den Mann wie die Frau die Kosten für die Beerdigung des verstorbenen Ehegatten nur im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses des letzteren. Andererseits hat das Gesetzbuch im §. 1634 die diesfallsige Verpflichtung des Ehemannes gegen früher insofern verstärkt, als es ihm solche unter der gedachten Voraussetzung in erster Linie auferlegt, während man bisher bei uns immer noch die Römischrechtliche Vorschrift der lex 28 D. de religiosis XI, 7 für praktisch hielt, welche zunächst den Vater der Verstorbenen und nur in subsidium den Ehemann dafür aufkommen lässt.

c. Mit der Trennung der Ehe durch Scheidung vom Bande erlischt zwar die gegenseitige Alimentationspflicht in dem oben besprochenen Sinne, indess räumt doch das Gesetzbuch in §§. 1750, 1751 dem unschuldigen Kläger (in der Ehescheidungssache) und in dem oben §. 143 no. 6. gedachten Scheidungsfalle sogar dem Beklagten für die Dauer eigenen Bedürfnisses, beziehentlich bis zu seiner anderweiten Verehelichung einen Anspruch auf Gewährung standesgemässen Unterhaltes gegen den geschiedenen Ehegatten ein.

d. Ueber die Zuständigkeit der Ehegerichte, resp. der gewöhnlichen Civilgerichte in Ansehung der Alimentenklagen der Ehefrau gegen den Ehemann ist zu vergleichen C-Gesetz üb. privil. Gerichtsstände v. 28. Jan. 1835, §. 64 verb. m. Erläuterungsverordnung des Justizministeriums vom 5. August 1847. Dazu Annalen des O.A.G. Ä. F. II. S. 238.

§. 148. Eheliche Vormundschaft (Pflegschaft).

Schon aus der Stellung des Ehemannes als Hausherrn und Familienoberhauptes lässt sich bis zu einem gewissen Grade das Recht und die Pflicht desselben ableiten, die Ehefrau zu schützen und zu vertreten. In den Ländern des Sächsischen Rechtes erscheint jedoch dieses an sich natürliche Verhältniss zu einem eigentlichen Rechtsverhältnisse entwickelt, dem der ehelichen Pflegschaft oder Vormundschaft (cura maritalis). Dieselbe ist ein Ueberrest des Altdeutschen Mundiums und erscheint als eine Unterart der frühern allgemeinen Geschlechtsvormundschaft, welche jedoch bei der Umgestaltung und nachmaligen gänzlichen Aufhebung dieses Institutes von unserer Landesgesetzgebung ausdrücklich beibehalten worden ist (Mandat, die Geschlechtsvormundschaft betreff., vom 10. November 1828, §§. 1 und 28, und Gesetz, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betreff., vom 8. Januar 1838 §. 3.). Ihre Wirkung äussert sich als gesetzliche Beschränkung der Handlungs-(Verpflichtungs-) fähigkeit der Ehefrau dergestalt, dass Diese Rechtsgeschäfte mit dritten Personen, bei welchen nicht ein blosser Rechtserwerb für sie in Frage steht, gültigerweise nur mit ehemännlicher Genehmigung eingehen könne. Dass man diese Beschränkung selbst nach Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft bei den verheiratheten Frauen beibehalten zu müssen geglaubt hat, erklärt sich zwar zum Theil gewiss aus der Rücksichtnahme auf die ehemännlichen Be-

fugnisse am Frauenvermögen, die man hierdurch vor einseitiger Schmälerung wirksam sichern wollte; eben so gewiss ist aber auch, dass der Mangel des ehemännlichen Beitrittes ein von der Ehefrau eingegangenes verpflichtendes Rechtsgeschäft nicht bloss dem Ehemanne gegenüber, und soweit dessen etwaiges vermögensrechtliches Interesse reicht, ungültig macht, sondern dass auch die Ehefrau selbst für ihre Person der Regel nach aus selbigem dem Dritten nicht haftet, und zwar nicht einmal auf die Zeit nach aufgelöster Ehe. Diesen schon in const. 15, pte. II. und in der Constitution „von Verschreibungen und Obligationen der Weibes-Personen betreff.“ vom 18. November 1722 aufgestellten Gesichtspunkt der Nullität (bei welchem übrigens an das in §. 787 des B.G.B. über die sogenannten negotia claudicantia Bestimmte zu erinnern ist) hat namentlich auch das Gesetzbuch im §. 1641 fortdauernd beibehalten, nur dass jetzt abweichend von dem bisherigen Rechte der Ehefrau wenigstens die Rückforderung des aus einem solchergestalt nichtigen Geschäfte freiwillig Geleisteten versagt ist. Die ehemännliche Einwilligung kann übrigens nicht bloss vor, bei und nach der betreffenden Verhandlung, sondern ebensowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt werden; insbesondere genügt schon die Anwesenheit des Ehemanns bei der betreffenden Verhandlung und dessen nicht erfolgter Widerspruch gegen dieselbe, um auf seine Genehmigung schliessen zu können, vorausgesetzt freilich, dass die Umstände von der Art waren, dass ihm der Verlauf der Verhandlung präsumtiv nicht entgangen sein kann. Verweigert der Ehemann den Beitritt aus offenbar unzulänglichen Gründen, so kann auf den Antrag der Ehefrau der Consens durch den Richter supplirt werden (§. 1644 des B.G.B.). *)

*) Hierzu ist ein processualisches Erkenntniss erforderlich.

Selbstverständlich kann weder der schon in der Resolution: einen über die Constitution vom 18. November 1722 entstandenen Zweifel betreff., vom 1. Juli 1723, ausgesprochene Grundsatz, dass Ehefrauen aus den ohne ehemännlichen Consens mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäften immer wenigstens auf die Bereicherung haften (§. 1641 des B.G.B.), noch die natürlich nicht ausgeschlossene Möglichkeit einer wider die Ehefrau eintretenden obligatio ex delicto, noch endlich der Fall, wenn die Ehefrau mit dem Ehemanne selbst contrahirt (arg. §. 1646 des B.G.B.) als wirkliche Ausnahme von der obigen Regel gelten.

Dagegen kann ausnahmsweise der ehemännliche Consens entbehrt werden:

a. im Falle des Vorhandenseins sogenannten Recepticienvermögens auf Seiten der Frau (hierüber s. unten §. 151.);

b. bei Abwesenheit des Ehemannes in dringenden Fällen (§. 1643 des B.G.B.), und

c. auf die Dauer einer Trennung von Tisch und Bett im Falle des Bedürfnisses (§. 1756 des B.G.B.).

§. 149. Gesetzliche Vermögensrechte des Ehemannes gegenüber dem Frauengute.

I. Die regelmässigen Rechte des Ehemannes an dem Vermögen der Frau fassen sich heutzutage bei uns in dem sogenannten gesetzlicen Nutzniessungs- und Verwaltungsrechte zusammen. Dasselbe ist weit mehr Deutschrechtlichen als Römischrechtlichen Ursprunges; insofern schon nach dem Sachsenspiegel (B. I. Art. 31) der Ehemann die Nutzungen des in seine Gewere fallenden Frauengutes ausschliesslich bezog, und mit gewissen Beschränkungen sogar über dessen Substanz verfügte. Die Umgestaltung, welche dieses Nutzungsrecht unter Einwirkung der Römischrechtlichen Auffassung seiten der älteren Sächsischen Ju-

risten erfuhr, bestand also zunächst nur darin, dass man demselben den Charakter eines dinglichen Rechtes verlieh, und auf dasselbe die Grundsätze des usufructus legalis anwandte, wie solchen das Römische Recht zu Gunsten des Vaters an den Adventicien des Hauskindes kennt. Einen Beleg für diese, noch nicht vollständig vollzogene Umwandelung unseres Institutes liefert const. 25,, pte. III.

II. Von dem ehemännlichen Niessbrauche und Verwaltungsrechte gelten folgende specielle Grundsätze:

1. Dasselbe gelangt in dem Augenblicke der priesterlichen Trauung ipso jure zur Entstehung und erstreckt sich regelmässig über das Gesammtvermögen der Frau, und zwar sowohl über das, was sie zur Zeit der Eingehung der Ehe besitzt, als das, was sie während bestehender Ehe neu hinzu erwirbt.

Namentlich ist also ein besonderer Illationsact für die Begründung des ehemännlichen Befugnisses als eines dinglichen, gegen die Ehefrau wie gegen Dritte wirksamen, vollkommen entbehrlich. Vielmehr hat der Ehemann gegen jeden, der ihm die zum Zwecke der Ausübung seines Rechts erforderliche Innehabung der Sachen vorenthält, ohne Weiteres die confessorische Klage. Insbesondere kann er auch von der Frau sofort nach Schliessung der Ehe die erforderlichen Nachweisungen über ihren jeweiligen Vermögensbestand in der Form einer von ihr herauszugebenden Specification beziehentlich unter Edirung der in ihren Händen befindlichen einschlagenden Urkunden verlangen (§. 632 des B.G.B.), wie denn überhaupt die auf den usufructus omnium bonorum bezüglichen Vorschriften des Gesetzbuches in den §§. 631 ff. auf das hier fragliche Rechtsverhältniss im Zweifel analoge Anwendung leiden (§. 660 des B.G.B.).

Unser älteres Recht macht zwar unter gewaltsamer Uebertragung der Römischrechtlichen Terminologie einen

Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernalvermögen dergestalt, dass man unter ersterem das bei oder alsbald nach der Eheschliessung vorhandene, von der Frau mit in die Ehe gebrachte sogenannte Heirathsgut, unter letzterem das gesammte übrige Vermögen der Frau, soweit es nicht als Recepticium dem ehemännlichen Rechte ganz entzogen war, verstand (Haubold, Lehrbuch §§. 74 ff.). Die Bedeutung dieses Unterschiedes zeigte sich aber nur in den daran geknüpften verschiedenen pfandrechtlichen Befugnissen der Ehefrau, insofern ihr nur wegen der sogenannten dos ein privilegirtes, wegen der Paraphernen nur ein einfaches gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Ehemannes zustand. Mit dem Umfange des ehemännlichen Rechtes selbst hat dagegen diese Unterscheidung nie etwas zu thun gehabt und gegenwärtig ist sie ganz verschwunden.

2. Seinem Inhalte und Zwecke nach ist der ehemännliche Niessbrauch keineswegs durch das in Folge der Ehe hervorgerufene Bedürfniss bedingt oder beschränkt, vielmehr erwirbt der Ehemann die von dem eheweiblichen Vermögen entfallenden Nutzungen ohne Rücksicht auf die Grösse des für die Ehezwecke erforderlich werdenden Aufwandes zu seinem vollen und unwiderruflichen Eigenthume, so dass namentlich auch das bei Auflösung der Ehe von jenen Früchten noch Vorhandene ihm, resp. seinen Erben verbleibt. Deshalb steht auch den Gläubigern des Ehemannes das Recht zu, sich ihrer Befriedigung halber an die Früchte des eheweiblichen Vermögens zu halten. Indessen kann von ihnen immer nur derjenige Ueberschuss als Executionsobject in Anspruch genommen werden, welcher verbleibt, wenn die Kosten, die die Erhaltung des Gegenstandes des Niessbrauchs, sowie die Alimentirung der Frau und der übrigen alimentationsberechtigten Familienglieder erfordert, vorweg abgezogen werden, vorausgesetzt, dass diese Kosten von dem Ehe-

manne nicht anderwärts aufgebracht werden können. Im Vergleiche zu den hier einschlagenden Bestimmungen in §. 52 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 reicht das Gesetzbuch im §. 1683 insofern weiter, als es den Umkreis derjenigen Personen, auf deren Alimentationsbedürfniss hierbei Rücksicht genommen werden soll, erweitert.

3. Eine Eigenthumsveränderung am Frauengute (wie nach dem Römischrechtlichen Dotalsysteme oder dem Deutschrechtlichen Principe der Gütergemeinschaft) ist mit der Unterwerfung des ersteren unter das Recht des Ehemannes an sich nicht und nur insoweit verbunden, als

a. die Grundsätze über den Quasiususfructus (§§. 623 ff.) solches mit sich bringen, oder

b. selbst bei nicht verbrauchbaren Sachen, soweit eine Schätzung venditionis gratia stattgefunden hat.

Ad a. Zu den verbrauchbaren Sachen, an denen der Ehemann mit dem Augenblicke der Uebergabe oder Besitzergreifung das Eigenthum erwirbt, hat man nächst dem baaren Gelde Getreide, Leinwand, Brennholz und überhaupt alle Consumtibilien im engern Sinne zu rechnen, Viehstücke dagegen im Zweifel nicht, und nur dann, wenn sie in die Kategorie des Schlacht- oder Handelsviehes fallen, eine Eigenschaft, die sie allerdings auch erst im Laufe der Ehe annehmen können, wo dann auch von diesem Zeitpunkte ab das Eigenthum daran auf den Ehemann nachträglich übergehet. Rücksichtlich der Staatspapiere ist zu vergleichen §. 628 des B.G.B.

Ad b. Rücksichtlich der ästimirten Sachen folgen wir insofern dem gemeinen Rechte, als die Vermuthung für aestimatio venditionis causa im Gegensatze zu der taxationis gratia streitet, woraus von selbst folgt, dass auch hier der Ehemann im Zweifel Eigenthümer der ihm abgeschätzt übergebenen Sachen wird. *)

---

*) Bei den Römern, wo der Ehemann auch an den nicht vertretbaren Dotalmobilien das Eigenthum erwarb — mochten diese nun

c. So viel die in dem Frauenvermögen zur Zeit der Eheschliessung vorhandenen Aussenstände anlangt, so bleibt auch hier die Ehefrau im Zweifel, d. h. im Mangel abweichender Verabredung, Inhaberin des Forderungsrechtes, was namentlich für den Fall wichtig wird, wenn der Ehemann selbst der Schuldner sein sollte; indem solchenfalls nicht von einem Erlöschen der Forderung per confusionem, sondern nur davon die Rede sein kann, dass während der Dauer seines Niessbrauchs die Forderung unverzinslich und unkündbar wird (§. 626 des B.G.B.). Ueber die Frage, inwieweit ein derartiger Aussenstand im Concurse des Ehemannes die der Illatenforderung der Frau zuständigen Privilegien geniesse, sind zu vgl. Annalen des O.A.G.Bd. VI. S. 481 ff.

4. Der Ehemann haftet, wie jeder Usufructuar, für pflegliche Benützung der ihm inferirten Sachen, und hat diesfalls diligentiam quam in suis rebus zu prästiren (§. 1655 des B.G.B.). Demgemäss darf er mit Ausnahme der Fälle, wo er dem Obigen zufolge Eigenthümer der zugebrachten Sachen wird, über deren Substanz einseitig nicht verfügen, dieselben also namentlich auch nicht ohne Einwilligung der Frau veräussern. Thut er es dennoch, so ist er dafür nicht bloss Ersatz schuldig, sondern es steht auch der Frau gegen jeden dritten Besitzer der Sache die Vindicationsklage zu. Von Immobilien sagte dec. 24 von 1661 solches ausdrücklich. Rücksichtlich der Mobilien dagegen nahm man bisher nach einer freilich nicht völlig gleichmässigen Praxis noch die

taxirt oder nicht, und mochten sie wiederum venditionis oder nur taxationis causa geschätzt sein —, bedurfte es der aestimatio venditionis gratia zur Bewerkstelligung des Eigenthumsüberganges neben dem Illationsacte nicht. Jener Taxationsmodus hatte dort nur die bei Müller Institutionen S. 596 bemerkte specielle Bedeutung: den künftigen Anspruch auf Rückgewährung der dos in eine Geldforderung zu verwandeln, bei welcher der Ehemann die der Species drohenden Gefahren des Unterganges und der Verschlechterung übernahm.

Beschränkung hinzu, dass die Veräusserung nicht etwa nach richtigen landwirthschaftlichen Grundsätzen rathsam oder wohl gar geboten gewesen sei, indem man unter dieser Voraussetzung die Administrationsbefugnisse des Mannes als überwiegend ansah, zumal derselbe in einem solchen Falle durch Unterlassen der Veräusserung möglicherweise sogar sich Vertretungsansprüchen ausgesetzt haben würde. Das Gesetzbuch im §. 1675 macht indessen zwischen Mobilien und Immobilien insoweit keinen Unterschied mehr, sondern erklärt den Mann bei allen Veräusserungsacten, soweit nicht vertretbare Sachen in Frage sind, an die Einwilligung der Ehefrau für schlechthin gebunden, und räumt im Zuwiderhandlungsfalle der Letzteren schon während bestehender Ehe das Vindicationsrecht ein, so dass der Ehemann gegen einen etwaigen ungerechtfertigten Widerspruch der Frau nur an das Aushülfsmittel richterlicher Consenssupplirung (§. 1657 des B.G.B.) gewiesen sein würde.

5. Die Erwerbsfähigkeit der Ehefrau während der Ehe besteht vollständig ungeschmälert fort. Dies gilt nicht bloss von Zuwendungen seiten dritter Personen, sondern namentlich auch von ihrem Arbeitsverdienste und den von ihr im eigenen Namen und für sich erkauften Sachen u. s. f. Bei letzteren oder dem sonst auf onerose Weise für sich gemachten Gewinne kommt an sich nicht einmal darauf Etwas an, ob sie hierbei Verwendungen aus dem Vermögen des Ehemannes gemacht, z. B. den Kaufpreis aus dessen Mitteln bestritten hat. Vielmehr kann letzterer Umstand, selbst wenn sie hierbei ohne Vorwissen des Mannes gehandelt hat, an sich nur zu einem Ersatzanspruche des Mannes, resp. dessen Erben nach Höhe des Verwendeten führen. Während also in Ansehung der beiderseitigen ehelichen Errungenschaft sich bei uns das Princip der Gütertrennung gleichfalls durchgeführt findet, und der von der Frau gemachte

Acquästus regelmässig ihr selbst zufällt, so unterliegt doch andererseits ebenso regelmässig ein derartiger Vermögenszuwachs auch dem ehemännlichen Niessbrauche und Verwaltungsrechte.

Ausnahmen treten abgesehen von besonderen vertragsmässigen Festsetzungen rücksichtlich aller derjenigen Erwerbungen ein, welche die Ehefrau in den ihr zugewiesenen Zweigen der Wirthschaftsverwaltung oder durch sonstige bloss häusliche Dienste oder Hülfsleistungen (zu vergl. oben §. 147, No. 3) macht. Dieselben gebühren vielmehr im Zweifel dem Manne eigenthümlich, und sogar ihren durch selbständige künstlerische oder gewerbliche Thätigkeit (sogenannte operae artificiales im Gegensatze zu den erwähnten operae domesticae) während der Ehe gemachten Verdienst, soweit sie denselben dem Manne zufliessen liess, hat dieser bei Auflösung der Ehe wenigstens nicht unbedingt als Illatum zu vertreten, nämlich dann nicht, wenn die Frau das auf solche Weise Erworbene freiwillig zur Bestreitung der häuslichen Bedürfnisse verwendet, oder dem Manne zu diesem Zwecke ohne Vorbehalt eingehändigt hatte (§. 1668 verb. mit §. 1631 des B.G.B.). Umgekehrt erlangt die Ehefrau an dem von dem Manne während der Ehe aus ihren Mitteln Erworbenen an sich kein Recht und die Römischrechtliche der Frau diesfalls gegebene sogenannte rei vindicatio utilis wird ihr in §. 1676 des B.G.B. ausdrücklich abgesprochen.

§. 150. Abweichende Gestaltungen der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Diese Abweichungen können entweder

I. in einer einfachen Ausschliessung des gesetzlichen Rechtes des Ehemannes, oder

II. in der Substituirung eines anders gearteten Rechtes an der Stelle jenes gesetzlichen bestehen.

Zu I. kann sich die Ausschliessung des ehemännlichen

Rechtes wieder entweder auf das Gesammtvermögen der Frau oder nur auf einzelne Theile desselben beziehen. In beiden Fällen bezeichnet man das betreffende Vermögen oder den bezüglichen Vermögenstheil als sogenanntes Recepticiengut.

A. Die Entstehung einer derartigen Recepticieneigenschaft kann ihren Grund haben:

1. entweder in einer Willenserklärung der Betheiligten selbst, oder

2. in einer solchen dritter Personen, oder

3. in Verjährung.

Zu 1. Vor Eingehung der Ehe steht der freien Vereinbarung der Verlobten über diesen Punkt, sei es in Gestalt besonderer, an eine gesetzliche Form ohnehin nicht mehr gebundenen Ehestiftungen, oder sonst etwas nicht entgegen. Hat die Braut dem Bräutigam vor Eingehung der Ehe einen derartigen Vorbehalt erklärt, Jener aber nicht ausdrücklich zugestimmt, so liegt die concludente Unterwerfung in dem nachmals demungeachtet erfolgten Abschlusse der Ehe (§. 1691 in Verb. m. §. 1693 des B.G.B.); und selbst während bestehender Ehe ist die Errichtung eines Recepticienvertrages an sich jederzeit möglich. Nur ein unentgeltlicher Verzicht des Ehemannes auf seine usufructuarischen Rechte (obwohl auch ein solcher nach dem zeitherigen Gerichtsbrauche als gültig behandelt zu werden pflegte: Wochenbl. 1849, S. 42 ff.) erscheint mit den über die Schenkungen inter virum et uxorem geltenden Grundsätzen häufig nicht vereinbar. Deshalb hat auch das Gesetzbuch im §. 1694 die Zulässigkeit solcher pacta renuntiativa nur noch auf den Fall beschränkt, wenn der Ehefrau durante matrimonio Vermögen erst anfällt. Hier kann nämlich bis zu dem Augenblicke des wirklichen Erwerbes solchen Vermögens ein Recepticienvertrag rücksichtlich desselben zwischen den Ehegatten auch künftig noch gültig abgeschlossen werden.

Zu 2. Bei freiwilligen Vermögenszuwendungen seiten Dritter an die Ehefrau genügt die von ihnen einseitig getroffene Disposition, dass das Niessbrauchs- und Verwaltungsrecht des Mannes ausgeschlossen sein solle, um das von ihnen herrührende Vermögen zum Recepticiengute zu machen (§. 1693 des B.G.B.). Zwischen Zuwendungen inter vivos und mortis causa besteht insoweit an sich kein Unterschied. — Nur nahm man bisher nach Analogie der Allgemeinen Vormundschaftsordnung, Cap. V. §. 11, welche allerdings nur von dem Niessbrauche des Vaters an den Adventicien des Hauskindes handelt, auch rücksichtlich des Ehemanns an, dass demselben an dem der Ehefrau von ihren Ascendenten zu hinterlassenden Pflichttheile der Ususfructus gar nicht und das Verwaltungsrecht nur in dem Falle übler Wirthschaft entzogen werden könne. Das Gesetzbuch wiederholt jedoch die Vorschrift der Vormundschaftsordnung in den §§. 1811 und 1812, abermals nur mit der ausdrücklichen Beschränkung auf das väterliche Niessbrauchs- und Verwaltungsrecht, so dass es nunmehr doppelt bedenklich erscheinen muss, jene extensive Anwendung des singulären Rechtssatzes auf das hier fragliche Verhältniss ferner zu statuiren.

Zu 3. Ein zwar denkbarer aber praktisch selten vorkommender Fall der Entstehung von Recepticien ist endlich die Verjährung. Gewöhnlich, so auch anscheinend in Gottschalk, discept. forens. I. 6, wurde hierzu usucapio libertatis oder doch ein in selbständigen Vermögensdispositionen sich äusserndes Zuwiderhandeln seiten der Frau nebst Ablauf der Verjährungszeit erfordert; aber ohne Grund.

Vielmehr hatte man die Erlöschung des usufructuarischen Rechtes des Mannes durch einfachen nonusus während eines Zeitraumes von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, wie solcher in Sachsen auf Grund der dec. 3 von 1746 zum Verluste einer persönlichen Servitut im Allgemeinen für

hinreichend galt, als genügend anzusehen, wodurch dann von selbst die freie Verfügbarkeit der Ehefrau rücksichtlich ihres Gesammtvermögens oder des bezüglichen Vermögenstheiles wieder hergestellt werden musste. Die Möglichkeit des Vorkommens dieses Entstehungsmodus von Recepticien wird sich nach §. 655 verb. mit §. 660 des B.G.B. auch künftig nicht bestreiten lassen, obwohl Siebenhaar, Commentar zu §. 1694, das Gegentheil annimmt.

B. Wirkungen des Besitzes von Recepticienvermögen. Sie bestehen einfach darin, dass die Ehefrau rücksichtlich desselben mit den unverheiratheten Frauen gleichbehandelt werden soll.

Hieraus folgt ein Doppeltes: einmal, dass auch das mit dergleichen Vermögen während der Ehe Erworbene dem ehemännlichen Niessbrauche nicht unterfällt, sodann aber auch, dass die Ehefrau in Bezug auf ihr Recepticienvermögen gegen Dritte ohne Beitritt des Ehemannes sich verbindlich machen kann. Zu der Gültigkeit der insoweit abzuschliessenden Rechtsgeschäfte wurde nach bisherigem Rechte eine bei dem Vertragsabschlusse selbst erfolgte Bezugnahme auf den Besitz von Recepticiengut ebensowenig erfordert, wie z. B. bei dem rücksichtlich seines peculii castrensis sich obligirenden Haussohne (Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfr. Entsch. 339). Vielmehr hat der Gläubiger erst eintretenden Falls in seiner Klage, und zwar auch nur darauf sich zu berufen, dass die Frau zur Zeit des Contractabschlusses Recepticien besessen habe. Darauf, ob sie solche zur Zeit der Klaganstellung, bez. der Condemnatoria noch besitze, kam dagegen nur insofern Etwas an, als die Vollstreckbarkeit des verurtheilenden Erkenntnisses wider die Ehefrau während bestehender Ehe allerdings davon abhing, ob und in wie weit noch dergleichen freies Vermögen bei ihr vorgefunden wurde.

Die Constatirung dieses Umstandes überliess man daher dem Executionsstadium. Umgekehrt aber haftete, wenn einmal von der mit Recepticien versehenen Ehefrau giltiger Weise eine Verbindlichkeit gegen Dritte eingegangen worden war, nicht bloss das beim Contractsabschlusse vorhanden gewesene, sondern auch das bis zur Hülfsvollstreckung etwa neu hinzugekommene Recepticiengut und nach aufgelöster Ehe sogar das Gesammtvermögen der Frau für die Bezahlung der betreffenden Schuld.

Hiermit stimmt denn auch das Gesetzbuch im §. 1640 im Allgemeinen überein, nur weicht es insofern davon ab, als es zur Erzeugung einer klagbaren Verbindlichkeit wider die Frau, wenn auch nicht unbedingt eine beim Contractsabschlusse erfolgte ausdrückliche Beziehung auf das vorbehaltene Vermögen, so doch wenigstens soviel voraussetzt, dass aus den Umständen erhellen müsse, es habe die Verpflichtung mit Rücksicht auf das Recepticiengut eingegangen werden sollen. Demzufolge beantwortet sich auch die zeither bejahte Frage, ob aus einer von einer Ehefrau, welche Recepticien besitzt, ausgestellten Schuldverschreibung wider dieselbe der Executivprocess angestellt werden könne, wenn darin des Besitzes von Recepticienvermögen nicht gedacht ist (Kori, Erört. III. 23. S. 170 ff.), nunmehr verneinend.

Anmerkung. Der Begriff der Handelsfrau, d. h. derjenigen Frau, welche mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Ehemannes ein selbständiges Handelsgewerbe betreibt (A. D. H. G. B. Artt. 7. 8, 9), gehört nicht hierher. Insoweit handelt es sich nämlich nicht um eine Modification der ehemännlichen Vermögensrechte am Frauengute, sondern lediglich um eine, und zwar nur scheinbare, Ausnahme von den oben im §. 168 gedachten Grundsätzen betreffs der ehemännlichen Pflegschaft und der daraus folgenden Beschränkung

der Verpflichtungsfähigkeit der Frau, d. h. sie bedarf wegen der vorausgegangenen allgemeinen Ermächtigung für die innerhalb ihres Handelsbetriebes als Schuldnerin einzugehenden Rechtsgeschäfte nicht jedesmal erst noch eines speciellen Beitrittes des Ehemanns. Erl. Proc. Ord. ad tit. VIII, 3. Deshalb beschränken sich aber auch einerseits die von ihr in der genannten Eigenschaft contrahirten Verbindlichkeiten in ihren Wirkungen nicht etwa bloss auf das als selbständigen Fonds zu denkende Handelsvermögen, selbst wenn dieses aus einem der oben angeführten Gründe Recepticienqualität haben sollte. Sondern die Ehefrau haftet mit ihrem gesammten, also auch mit dem dem Niessbrauche und der Verwaltung des Mannes unterliegenden Vermögen ihren Handlungsgläubigern schon während der Ehe; anderseits nimmt der von ihr durch die Handlung gemachte Gewinn, dafern nicht insoweit besondere Verabredungen zwischen den Eheleuten bestehen, nicht die Eigenschaft von Recepticiengut an, sondern fällt im Zweifel unter den Ususfructus und die Administration des Ehemannes.

Zu II. An die Stelle des in Sachsen geltenden ehelichen Güterrechtes kann im einzelnen Falle ein anderes mehr oder minder abweichendes treten

1. theils bei einer im Auslande geschlossenen Ehe in Gemässheit der Bestimmung im §. 14 des B.G.B., wenn die Ehegatten erst nachmals nach Sachsen sich gewendet haben;

2. theils in Folge ausdrücklicher vertragsmässiger Festsetzungen unter den Ehegatten (Ehestiftungen), wie oben ad I A., 1. (§§. 1691 ff. des B.G.B.).

Auf die eine oder andre Weise kann es also namentlich auch geschehen, dass die unserem zeitherigen Particularrechte sonst fremde allgemeine Gütergemeinschaft im einzelnen Falle bei uns Geltung erlangt.

Als allgemein gesetzliches Institut hat die letztere

in hiesigen Landen niemals gegolten, vielmehr bestand sie nur nach Statuten und localen Gewohnheitsrechten an einzelnen Orten des Inlandes, am längsten in einigen Districten der Oberlausitz. Hier ist sie erst durch ein besonderes, zugleich mit dem Intestaterbfolgemandate erschienenes Gesetz: Mandat, die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft in der Oberlausitz betreff., vom 31. Januar 1829 aufgehoben worden.

Das Gesetzbuch stellt noch für die Fälle zu 2. aushülfsweise, wenn und insoweit die auf allgemeine Gütergemeinschaft gerichtete Verabredung der Eheleute nicht speciell genug lauten sollte, eine Reihe ergänzender Bestimmungen auf. Darnach soll das beiderseitige gesammte Vermögen (mit Ausschluss der besonders vorbehaltenen sogenannten Einhandsgüter) von Zeit des Vertragsabschlusses, resp. der Eingehung der Ehe an, dergestalt gemeinschaftlich werden, dass ohne Rücksicht auf die Grösse des Einzelvermögens beide Ehegatten condomini resp. Communionsinteressenten zur Hälfte werden. Das diesfalls unter ihnen begründete Rechtsverhältniss richtet sich im Wesentlichen nach den Grundsätzen über die societas omnium bonorum (§§. 1389 ff. des B.G.B.); nur dass abweichend von der dort in §. 1390 im Schlusssatze getroffenen Bestimmung das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten selbst für die beiderseitigen Delictsschulden unbeschränkt haftet (§. 1696 des B.G.B.); und dass dem Ehemanne rücksichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens in der Regel die alleinige Verfügung und gerichtliche wie aussergerichtliche Vertretung daran zustehet (Ausnahmen sind zu vergl. im §. 1700 des B.G.B.).

Die Veräusserungsberechtigung des Mannes erscheint hier sogar umfassender als von dem Standpunkte des ehemännlichen Niessbrauches aus, indem es der Einwilligung der Ehefrau nur rücksichtlich der Immobliarveräusse-

rungen bedürfen soll, freilich hier einschliesslich der ursprünglich dem Ehemanne selbst zugehörig gewesenen Grundstücke (§. 1698 des B.G.B.).*)

§. 151. Processführung wegen des Frauenvermögens während bestehender Ehe.

In Betreff der Berechtigung zur Führung der das eheweibliche Vermögen berührenden Processe (eines Administrations- bez. Veräusserungsactes) ist zunächst soviel unzweifelhaft, dass

a. hinsichtlich des Recepticiengutes die Ehefrau in den dasselbe betreffenden Rechtsstreitigkeiten ebenso wie da, wo ihre etwaige Eigenschaft als Handelsfrau in Frage kommt, vollkommen selbständig vor Gericht auftritt, und dass umgekehrt

b. Ansprüche, welche lediglich die Nutzungen des dem ehemännlichen Niessbrauche unterliegenden Frauenvermögens zum Gegenstande haben, von dem Ehemanne im eigenen Namen gerichtlich zu verfolgen sind.

c. Streitig war nur, wie in Ansehung des nicht vorbehaltenen eheweiblichen Substanzialvermögens bei nöthig werdenden Processführungen mit dritten Personen die beiderseitigen Rechte der Ehegatten unter einander in Einklang zu bringen seien. Die hier einschlagende Verordnung der vormaligen Landesregierung „über die Rechtsfrage: ob der Ehemann die zu dem Einbringen seiner Ehefrau gehörenden Gelder etc. in Empfang nehmen und darüber quittiren könne?“ vom 7. Juni 1821 erfuhr sehr entgegengesetzte Auslegungen sowohl bei den Schriftstellern (Hänsel, Excurse zu Curtius Hdb. Bd. III, S. 522 f. — Heyne in der Ztschrft. f.

---

*) Hiernach ist die Auffassung des Commentars von Siebenhaar zu §. 1637 Bd. III. S. 75 zu berichtigen.

4*

Rechtspfl. N. F. IV. 70 ff. — Heimbach in seinen und Ortloffs juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen I. S. 171 ff. —) als bei den rechtsprechenden Behörden*) (Wochenbl. 1849, S. 277 f. verb. m. Annalen des O.A G. Ä. F. VI. 413 ff., VII. 387 f.).

Das Gesetzbuch schlägt in §. 1677 verb. m. §. 1682 insofern einen Mittelweg ein, als es im Gegensatze zu der in §. 625 des B.G.B. beim Ususfructus nominum dem Usufructuar verliehenen selbständigen Klagberechtigung den Ehemann sowohl bei der Einhebung als bei Einklagung der seinem Niessbrauche unterliegenden Forderungen an die Einwilligung der Ehefrau bindet, vorbehältlich natürlich auch hier wieder der nach Befinden gemäss des §. 1657 des B.G.B. von ihm auszubringenden Consenssupplirung.

Nur ein Ausstattungsversprechen wird ihm selbstständig geltend zu machen verstattet, und zwar gleichviel, ob dasselbe ihm oder der Ehefrau allein oder beiden gemeinschaftlich ertheilt war (§. 1677 des B.G.B.). Ob man in der dem Ehemanne in der Regel auferlegten Beibringung der Einwilligung seiner Ehefrau eine Vervollständigung der Sachlegitimation oder nur einen Processlegitimationspunkt zu erblicken habe, ist namentlich insofern nicht ohne praktisches Interesse, als von ersterem Gesichtspunkte aus die Frage nach dem Vorhandensein dieser Einwilligung der Disposition der jedesmaligen Processparteien anheim fallen würde, und der Zweck des Gesetzes: durch Aufstellung jenes Erfordernisses die Frau gegen einseitige Dispositionen des Ehemannes über ihre Aussenstände sicher zu stellen, dürfte daher den zweiten Gesichtspunkt als den entscheidenden erscheinen lassen.

*) l. 2 C. de obl. et act. IV. 10 beruht auf dem Römischrechtlichen dominium dotis des Mannes und kann daher nicht (wie das Appellationsgericht Leipzig that) hier als mitentscheidend angesehen werden.

Auch künftig wird übrigens nichts entgegenstehen, dass der Rechtsstreit von Haus aus auf den Namen der Frau geführt werde. Nur bedarf sie dann natürlich auch hier in der Regel (mit Ausnahme der oben unter a. gedachten Fälle, sowie des Falles, wenn sie mit ihrem Ehemanne selbst processirt) des Beitrittes des letzteren zum Processe, d. h. ein von ihr ohne Vorwissen des Mannes geführter Rechtsstreit kann als geeignete Unterlage zu einer wider die Frau zu fällenden executionsfähigen Sentenz nicht gelten, und es muss ein derartiges Erkenntniss, selbst wenn es formell in Rechtskraft übergegangen sein sollte, auf den erbrachten Nachweis hin, dass der Ehemann keine Wissenschaft von dem Processe gehabt habe, wieder aufgehoben werden (Wochenbl. 1854, S. 81 ff.).

Was die Kosten solcher wegen des eheweiblichen Substanzialvermögens geführten Processe anlangt, so hatte solche schon bisher der Ehemann nach den Grundsätzen der impensae in dotem factae aus dem unter seiner Verwaltung befindlichen Vermögen zu berichtigen.

Eine Verpflichtung desselben zu ihrer Bezahlung aus eigenen Mitteln bestand nicht, da die Vorschrift der dec. 36 von 1746 rücksichtlich der Vertheidigungskosten (oben §. 147 no. 3.) nicht hierher bezogen werden konnte, vielmehr wendete man hier analog die Bestimmung der Resolutiones in consistorialibus vom 27. Januar 1786 Res. 10 an, welche von den Kosten des Ehescheidungsprocesses handelt, d. h. die Ehefrau musste, wenn sie mittellos war, das Armenrecht suchen. Das Gesetzbuch stimmt hiermit nach §§. 1681, 1682 überein.

§. 152. Von der eheweiblichen Verbürgung.

Bis zu dem Mandate vom 6. November 1828: die Verbürgungen der Frauenspersonen betreff., hatte sich bei uns sowohl rücksichtlich der Intercessionen der Frauens-

personen im Allgemeinen, als der der Ehefrauen für ihre Ehemänner ins Besondere im Wesentlichen das gemeine Recht erhalten, also der Sache nach die exceptio S. C^ti Vellejani, beziehentlich die Nothwendigkeit gerichtlichen, sowie eidlichen Verzichtes der Ehefrau auf die Rechtswohlthat der sogenannten authentica si qua mulier (Haubold, Lehrbuch, 2. Ausg. §§. 299a und 299b). Durch obiges Mandat von 1828 in Verbindung mit Gesetz vom 8. Januar 1838, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betreff., wurden jedoch die Intercessionen der ledigen Frauenspersonen unbeschränkt gestattet und die der Ehefrauen für dritte Personen gleichfalls unter die von der Eingehung verpflichtender Rechtsgeschäfte ihrerseits geltenden allgemeinen Grundsätze gestellt. Dagegen enthält das Mandat rücksichtlich der Intercessionen der Ehefrauen für den Mann folgende im Wesentlichen auch in das Gesetzbuch §§. 1650 ff. übergegangene Vorschriften:

a. Die Intercession ist nichtig, wenn sie nicht coram judice competente und nachdem dieser die Ehefrau über die Bedeutung des Rechtsgeschäftes und den ihr möglicherweise daraus drohenden Vermögensverlust belehrt hat, erklärt wird. Competent ist an sich nur der ordentliche Richter der Ehefrau, und bloss ausnahmsweise, d. h. electiv zuständig der Grund- und Hypothekenrichter, wenn nach der Natur des Hauptgeschäftes oder der Art der Intercession ohnehin dessen Mitwirkung erforderlich wird (Mandat vom 6. Novbr. 1828, §. 5 — §. 17 der A.V.O. zum B.G.B. vom 9. Jan. 1865).

b. Der ausdrückliche oder stillschweigende Beitritt des Ehemannes zu der Intercession ist zwar, zumal seit dem Gesetze vom 8. Januar 1838, unerlässlich. Jedoch ist schon dort im §. 2 die einstweilige Entfernung des Ehemannes aus dem Gerichtszimmer während der der Ehefrau zu ertheilenden Rechtsbelehrung dem Richter zur Pflicht gemacht, und jetzt ist dieselbe nach

§. 1650 des B.G.B. sogar als Bedingung der Gültigkeit der Intercession zu betrachten.

c. Ungeachtet der dem Mandate von 1828 gegebenen zu engen Titelbezeichnung (über Verbürgungen der Frauenspersonen) behandelte dasselbe doch der Sache nach nicht bloss die gemeinrechtlichen Intercessionsfälle überhaupt, sondern ging sogar über den diesfallsigen Intercessionsbegriff mehrfach hinaus, namentlich insofern, als es alle Verzichtleistungen der Frau auf Rechte, die ihr wegen ihres Einbringens oder anderer Forderungen an den Ehemann Sicherheit zu verschaffen bestimmt seien, dahin rechnet, gleichviel ob sie mit oder ohne Beziehung auf einen bestimmten Gläubiger des Ehemannes erfolgt war. Das Gesetzbuch §. 1651 nähert sich dem gemeinen Rechte wieder mehr dadurch, dass es dergleichen Verzichte als Intercessionen in dem hier fraglichen Sinne nur insoweit gelten lässt, als selbige (z. B. die Aufgabe eines Pfandrechtes) zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers des Ehemannes und zwar zu dessen Sicherstellung erklärt werden. Umgekehrt übergeht es aber auch wieder die im Mandate rücksichtlich solcher Pfandverzichte enthaltene Ausnahme, wonach dieselben unter die Formvorschriften des Mandates dann überhaupt nicht fallen sollten, wenn sie bei Gelegenheit der Veräusserung der verpfändeten Sache des Ehemannes an einen Dritten erfolgten, und überlässt es also insoweit der Beurtheilung des einzelnen Falles, ob die fragliche Verzichtleistung als Intercession aufzufassen sei oder nicht.

d. Der Beobachtung der oben beschriebenen Förmlichkeiten bedarf es ausnahmsweise nach §§. 1653 und 1654 des B.G.B. verb. mit §. 9 des Mandates von 1828 dann nicht, wenn und soweit die Ehefrau durch die Intercession Nichts an ihrem Vermögen einbüsste, oder wohl gar einen Vermögensvortheil erlangte; ferner nicht

bei der verschleierten Bürgschaft, d. h. dann, wenn der wahre Sachverhalt, der das Geschäft zur Intercession macht, nicht sofort klar zu Tage liegt und auch der Gläubiger denselben nicht etwa erweislich gekannt haben sollte; endlich nicht, wenn die Ehefrau Handelsfrau ist, und die Intercession sich auf Handelsgeschäfte bezieht. Dagegen begründet der Besitz von Recepticien auf Seiten der Frau hier ebensowenig, wie unten in der Lehre von den verbotenen Schenkungen unter Ehegatten eine Ausnahme.

e. Ist die Ehefrau gemeinschaftlich mit dem Ehemanne einem Dritten gegenüber ein Gesammtschuldverhältniss in einem Falle eingegangen, wo sie an sich nur antheilig zu haften gehabt haben würde, so haftet sie bei mangelnden Intercessionsförmlichkeiten auch nur höchstens pro rata, und selbst diese Haftung fällt weg, dafern sie nachzuweisen vermag, dass unter der Uebernahme der selbst nur antheiligen Haftung der Sache nach eine dem Gläubiger bekannt gewesene Verbürgung für den Mann versteckt gewesen sei.

f. Endlich ist die schon in dem Mandat §. 8 getroffene Vorschrift, dass das aus einem nichtigen Intercessionsgeschäfte (wissentlich oder unwissentlich) Gezahlte von der Ehefrau nicht zurückgefordert werden könne, in §. 1650 des B.G.B. wiederholt.*)

§. 153. Schenkungen unter Ehegatten.

I. Das gemeinrechtliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten findet sich in §. 1647 des B.G.B. nicht nur beibehalten, sondern sogar verschärft, insofern hier als einzige Ausnahme nur noch der üblichen Gelegenheitsgeschenke gedacht wird. Umgekehrt wird im Ver-

*) Anders nach Römischem Rechte: l. 40 pr. D. de cond. indeb. XII. 6. l. 8 §. 3 D. ad senatuscons. Vellejanum XVI. 1, const. 9 C. ad senatusc. Vell. IV. 29.

gleiche zu dem gemeinen Rechte die Möglichkeit der mit dem Tode des Schenkers während bestehender Ehe eintretenden Convalescenz einer derartigen Schenkung von dem Gesetzbuche nicht unwesentlich gesteigert. Einestheils soll nämlich nur ein von dem Schenker bei Lebzeiten dem Beschenkten gegenüber erklärter Widerruf Beachtung finden, während gemeinrechtlich auch die auf andere Weise kundgegebene Willensänderung in Betracht kommen kann (§. 1649 des B.G.B.). Anderntheils wird in §. 1649 des B.G.B. auch die gemeinrechtliche Controverse, ob selbst ein blosses Schenkungsversprechen durch den Tod des Schenkers convalescire (Arndts §. 414, Anmerk. 4), insofern bejahend entschieden, als der in §. 1054 des B.G.B. enthaltenen Begriffsbestimmung zufolge der hier in §. 1649 des B.G.B. gebrauchte Ausdruck „Schenkung" auch auf das zur Zeit noch unerfüllte Schenkungsversprechen nothwendig bezogen werden muss.

Wenn übrigens in §. 1648 des B.G.B. für den Fall des Widerrufs der Schenkung auf die Analogie der Revocation der gewöhnlichen Schenkungen wegen Undanks verwiesen wird, so soll damit offenbar nicht gesagt sein, dass der revocirende Ehegatte ausschliesslich auf die dem Schenkgeber in diesem letzteren Falle nach §. 1062 des B.G.B. zustehende persönliche Klage gegen den Schenknehmer, resp. dessen Erben beschränkt sei. Denn die unmittelbar vorher in §. 1647 des B.G.B. anerkannte Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, welche nicht bloss das betreffende Schenkungsgeschäft selbst, sondern auch die ihm etwa gefolgte Traditionshandlung trifft, lässt nicht daran zweifeln, dass der Schenkgeber behufs der Wiedererlangung der verschenkten Sache eintretenden Falles sich auch der Eigenthumsklage, resp. der Publicianischen Klage sowohl gegen den Beschenkten, als gegen dritte Personen bedienen könne.

II. Neben dem Gesetzbuche bleiben auch noch die in §. 15 des Banqueroutiermandates vom 7. Januar 1724 und §. 15 des geschärften vom 20. December 1766 fortdauernd in Kraft.

Darnach soll nämlich:

a. das der Gläubigerschaft gegen die beschenkte Ehefrau des Cridars zustehende Revocationsrecht sich selbst auf diejenigen Schenkungen erstrecken, die an sich zu den erlaubten gehören (zu vergleichen oben zu I i. A.), und nur die zu dem nothwendigen Bedarf der Ehefrau gemachten Anschaffungen an Betten, Kleidern, Wäsche etc. unterliegen diesem Widerrufsrechte nicht.

b. Selbst wenn der Concurs erst zum Nachlasse des Ehemannes ausbricht, soll eine Convalescenz der Schenkung durch den Tod zu Gunsten der Gläubigerschaft ausgeschlossen sein, indem eine Beiziehung der der Ehefrau während bestehender Ehe von dem Cridar geschenkten Sachen zur Concursmasse unbedingt (und auch hier wieder mit alleiniger Beschränkung der vorigen Position a., a. E.), also selbst ohne Rücksicht darauf, ob der Mann zur Zeit der Schenkung noch solvent gewesen oder nicht, für zulässig erklärt wird.

c. Hat der Ehemann während des Bestehens der Ehe ein eigenes Grundstück an die Frau verkauft, oder in ihrem Namen von einem Dritten ein Grundstück acquirirt, so soll fingirt, resp. vermuthet werden, dass dem Geschäfte eine ungültige Schenkung zu Grunde gelegen habe, und es soll der Gläubigerschaft freistehen, das Grundstück für die Concursmasse zu reclamiren. In dem ersteren Falle ist das Revocationsrecht sogar ein unbedingtes, d. h. es kommt Nichts darauf an, ob der Ehemann zur Zeit der Grundstücksveräusserung erweislich noch solvent gewesen ist, oder nicht, und die Frau hat hier nur das Recht, dasjenige, was erwiesener Maassen aus ihrem Vermögen zur Tilgung des Kaufpreises ver-

wendet worden ist, aus der Concursmasse restituirt zu verlangen. In dem zweiten Falle dagegen kann die Frau die Klage der Gläubigerschaft durch den von ihr zu führenden Nachweis elidiren, dass ihr Ehemann zur Zeit des Grundstückskaufes noch solvent gewesen und der Kaufpreis ausschliesslich aus ihrem Vermögen aufgebracht worden sei. Beweist sie solches, so kann ihr das Grundstück selbst gegen angebotene Erstattung des Kaufpreises aus der Concursmasse von der Gläubigerschaft mit Erfolg nicht streitig gemacht werden.

Die in den Fällen unter c. der Gläubigerschaft eingeräumte Revocationsklage erscheint der Sache nach als eine, und zwar sehr namhafte, Ausdehnung des den Gläubigern eines Insolventen zum Zwecke der Rescission der von Letzterem zu ihrem Nachtheile vorgenommenen Veräusserungsgeschäfte schon gemeinrechtlich gegebenen Paullianischen Rechtsmittels. Schon ihrer singulären Natur wegen dürfen jedoch diese Bestimmungen auf andere als die im Banqueroutiermandate ausdrücklich vorgeschriebenen Fälle nicht erstreckt, insbesondre auch jene Klagen nicht einzelnen Gläubigern vor Eröffnung des formellen Concurses zugestanden werden. Umgekehrt ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass, soweit die Voraussetzungen der gemeinrechtlichen actio Paulliana (wie solche das Gesetzbuch §§. 1509 ff. im Wesentlichen wiedergiebt) im einzelnen Falle wirklich vorliegen, deren Anstellung für die Gläubigerschaft vortheilhafter sein könnte, und solchenfalls bleibt der Letzteren natürlich die Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln, resp. deren eventuelle Cumulation unbenommen (Ann. des O.A.G. Ä.F. V, S. 75 f.).

III. Auf einer ähnlichen Rücksichtnahme für die Gläubiger, hier jedoch beider Ehegatten, beruht der den Kammern dermalen vorliegende Gesetzesentwurf*), welcher

---

*) Das inzwischen unterm 30. Juni 1868 S. 442 des Gesetz- und Verordnungsblattes für gen. Jahr publicirte Gesetz ist in der Bd. I.

den während der Ehe abgeschlossenen Mobiliarveräusserungen seiten des einen Ehegatten an den andern oder an gewisse nahestehende Verwandte (Ascendenten, Descendenten, Geschwister, resp. deren Ehegatten) dergestalt die rechtliche Wirkung abspricht, dass diese Personen mit einer hierauf gestützten Vindication, sei es im Concurse des Veräusserers, sei es ausserhalb des Concurses nach erfolgter Hülfsvollstreckung in die betreffenden Mobilien, nicht gehört werden sollen, sobald die geltend gemachte Forderung während bestehender Ehe erwachsen war. Dabei ist, um den derartigen Ver-

---

S. 241 ff. ersichtlichen Anmerkung näher besprochen worden. Unterdessen hat sich neuerdings mit den durch jenes Gesetz erregten Bedenken eingehend beschäftigt Coith in der Allgemeinen Gerichtszeitung etc. Jahrgang XIII. von 1869, S. 65 ff., 97 ff., während Siebenhaar in der II. Auflage seines Commentars zu dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 12 von einem Versuche: jene Zweifel zu lösen, abstehen zu sollen bekennt. Mit Rücksicht auf die Coith'sche Abhandlung, deren Resultate in den meisten Punkten mit den oben Bd. I. S. 241 ff. entwickelten Gedanken übereinstimmen, ist hier noch Folgendes nachträglich hervorzuheben:

a. Die Seite 79 der Gerichtszeitung a. a. O. von der Veräusserung gegebene Begriffsbestimmung hat S. 87 eine Einschränkung erfahren, welche wenigstens nach den Schlussworten des §. 219 des B.G.B. nicht gerechtfertigt erscheint. Wenn nämlich im letzteren Gesetzesparagraphen geradezu als eine Veräusserung der Sache auch der Fall bezeichnet, in welchem nur ein Recht an ihr bestellt wird, so ist nicht wohl abzusehen, inwiefern die Subsumtion der S. 87 der Gerichtszeitung verschmähten partiellen Veräusserungen unter die Vorschriften des Interventionsgesetzes vom 30. Juni 1868 dem Sprachgebrauche und der juristischen Logik zuwiderlaufen soll. Gegen die Möglichkeit eines Faustpfandes an den im Gewahrsam des Schuldners bei der Hülfsvollstreckung betroffenen Mobilien spricht übrigens zu Ungunsten wenigstens solcher Personen, welche die häusliche Gemeinschaft des Cridars oder Verklagten nicht theilen, die Natur unseres heutigen Mobiliarpfandrechtes (Bd. I. S. 295 dieser Vorlesungen).

b. Gewagt scheint ferner die S. 91 der Gerichtszeitung statuirte Ausschliessung der juristischen Verwandten aus dem Kreise der durch §. 1 des Gesetzes ihres Klagrechtes entsetzten Personen. Das bürgerliche Gesetzbuch stellt in §§. 1783 und 1797 die durch Rescript Legitimirten und die Adoptivkinder — soweit nicht etwas Anderes

äusserungsverträgen supponirten Zweck der Hinterziehung der Hülfsvollstreckung um so sicherer zu vereiteln, eine Fassung gewählt, welche gleichmässig auch die Fälle trifft, wenn der vindicirende Ehegatte, resp. die ihm gleichgestellte Person ihre Rechte an den reclamirten Mobilien nicht aus einem unmittelbar mit dem andern Ehegatten abgeschlossenen Veräusserungsvertrag ableiten würden, der letztere vielmehr von dem Schuldner mit einem extraneus abgeschlossen sein und der Reclamant erst wieder von diesem causam haben sollte. Zwischen

---

bestimmt ist — den leiblichen ehelichen Kindern gleich. Wird nun von einem Gesetze schlechthin von „Verwandten" gesprochen, so wird man wohl annehmen müssen, dass es nicht bloss die im §. 48 des B.G.B. bezeichnete Gattung der natürlichen Cognaten (Siebenhaar, Commentar, II. Auflage, Bd. I. S. 88), sondern unterschiedslos die Summe aller gesetzlichen Verwandten überhaupt im Auge gehabt haben möge (s. auch Art. 302 des rev. Strafgesetzbuches). Dabei ist jedoch nicht ausser Acht zu lassen, dass allerdings jedes verwandtschaftliche Verhältniss zwischen dem durch landesherrliche Gnade Legitimirten bez. dem Wahlkinde einerseits sowie den Ascendenten und Seitenverwandten seines juristischen Vaters andererseits durch die einschlagenden Bestimmungen unseres Rechtes (s. unten §. 157, Abschnitt zu b., a. E. und unten §. 159 unter II. b.) regelmässig in Frage gestellt erscheint.

In neuester Zeit hat auch das Oberappellationsgericht in einem im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrg. 1869, S. 281, und in seinen Annalen N. F. Bd. V S. 328 ff. abgedruckten Urtheil bei Ventilirung der Frage nach der Zurückbezüglichkeit des Gesetzes (§. 7 im Gegensatze zu §. 18 der P.V.O.) über die Stellung seines Inhaltes zum Rechtssysteme sich verbreitet. Namentlich mit Rücksicht auf die dem Gesetzentwurfe beigegebenen, oben im Texte angedeuteten Motiven gelangt der oberste Gerichtshof übereinstimmend mit Siebenhaar, Commentar Bd. I. S. 12 der II. Aufl. zu der Ueberzeugung: dass man es dabei mit einer Erweiterung der Paullianischen Klage, mit der vom Gesetze begründeten Anfechtbarkeit also desjenigen Rechtsgeschäftes zu thun habe, auf welches die reclamirenden Verwandten und Affinen ihren Anspruch stützen. Der den fraglichen Vorschriften anzuweisende Platz soll demnach im Obligationenrechte gelegen sein. Dass indessen jene Auffassung weniger denn jede andere sich als geeignet erweisen dürfte, ein befriedigendes Verständniss der ohnehin nicht zweifellosen Worte des Gesetzes zu erzeugen, dafür ist der von Siebenhaar a. a. O. ausgesprochene Verzicht Beweises genug.

onerosen und lucrativen Veräusserungen wird hierbei nicht unterschieden; für die Fälle übrigens, in denen der Erwerber von dergleichen Mobilien durch die Abschneidung der Vindication wirklichen Schaden erleiden würde, ist ihm die Ausführung dieses seines Schädenanspruches gegen den Schuldner innerhalb, resp. ausserhalb des Concurses ausdrücklich vorbehalten, jedoch auch für diese Schädenforderung ist der Ehefrau ihr sonstiges Vorzugsrecht im Concurse des Mannes versagt.

§. 154. Rückgabe des Frauenvermögens.

I. Das gesetzliche Niessbrauchsrecht des Ehemannes endigt in allen Fällen erst mit der Ehe selbst. Dagegen kann er des damit verbundenen Verwaltungsrechtes unter Umständen schon früher verlustig gehen. Deshalb setzt der Anspruch der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Illaten

a. zwar in der Regel Auflösung der Ehe voraus;

b. ausnahmsweise kann derselbe jedoch auch schon während bestehender Ehe begründet sein.

Zu a. Hier ist es jetzt gleichgültig, auf welche Art die Ehe gelöst worden ist. Nach älterem Rechte waren die Fälle der Endigung der Ehe durch den Tod, sowie einzelne Fälle der Scheidung diesfalls von besonderer Wichtigkeit; erstere insofern, als hier das Rückforderungsrecht der Ehefrau, resp. deren Erben durch die eigenthümliche Gestaltung des Erbrechtes des überlebenden Ehegatten sich wesentlich modificiren konnte (Mobiliarerbrecht des Wittwers, resp. Rechte der Wittwe auf die statutarische Portion mit Einwerfung ihres Gesammtvermögens). Dagegen liess man im Falle der Ehescheidung wegen Ehebruchs der Frau und lange Zeit hindurch auch im Falle der böslichen Verlassung die aus dem Römischen, resp. canonischen Rechte entlehnten sogenannten Privationsstrafen wider dieselbe eintreten. Jedoch ging man hierbei seit Carpzov (Jurispr. for. Def. 3) von dem ver-

änderten Gesichtspunkte einer dem Manne gebührenden Entschädigung für das ihm durch die Ehescheidung verloren gehende Erbrecht an dem dereinstigen eheweiblichen Nachlasse aus, und bestrafte deshalb die Ehefrau mit dem Verluste ihres gesammten beweglichen Dotal- und Paraphernalvermögens ausschliesslich der Gerade (const. 21, pte. IV. und Weber, Kirchenrecht Aufl. 1, Bd. II., Abth. III. S. 1306 §. 133 Anm. 80). Erst das Erbfolgemandat bei Umgestaltung des ehelichen Erbrechtes beseitigte die Privationsstrafen und erklärte demgemäss den Ehemann, resp. dessen Erben nunmehr in allen Fällen der Ehetrennung zur ungeschmälerten Rückgabe des Frauenvermögens für verpflichtet (Erbfolgemandat §§. 93, 94).

Ueber die Anwendbarkeit der dem Ehemanne nach l. un. §. 7. C. d. rei uxor. act. V., 13 wegen der beweglichen Mitgift verstatteten einjährigen Restitutionspflicht ist zu vergleichen die für die verneinende Ansicht sich aussprechende Bekanntmachung eines Rechtssatzes des Ober-Appellationsgerichtes vom 31. März 1855, und hierzu Haubold, §. 79 und für die Note c. dort: Heyne in Ztschr. f. Rtspfl. N. F. Bd. IV. S. 97 ff. und Heimbach in seinen und Ortloffs etc. juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen I. S. 191. ff. Das Gesetzbuch in §§. 1687, 1688 bleibt hierbei allenthalben stehen.

Zu b. Während der Dauer der Ehe räumte man nach zeitherigem Rechte nicht bloss im Falle der Eröffnung des Concurses zum Vermögen des Mannes der Ehefrau die Befugniss ein, ihr Einbringen im Wege der Vindication, resp. Liquidation aus der Concursmasse zurückzufordern, sondern auch ausserhalb des Concurses liess man in analoger Anwendung der l. 24. pr. D. d. solut. matr. XXIV, 3 und der c. 29. C. de jure dot. V, 12 sowohl im Falle übler Wirthschaft des Mannes als auch unverschuldeter Verarmung desselben die Klage der Frau

auf Rückgabe ihres Vermögens zu eigener, interimistischer Verwaltung zu (Ann. des O.A.G. Ä. F. Bd. IV. S. 553 ff. no. 86.).

Das Gesetzbuch dagegen erkennt nur noch die durch unordentliche Wirthschaft herbeigeführte Gefährdung des eheweiblichen Vermögens als zulänglichen Grund an, das Verwaltungsrecht des Ehemannes, dann aber auch nicht nur vorläufig zu suspendiren, sondern für die Dauer der Ehe definitiv aufzuheben, während es der blossen Verarmung des Ehemannes an und für sich und selbst wenn sie zu vollständiger Insolvenz sich gesteigert haben sollte, eine weitere Wirkung nicht zugesteht, als die, dass dadurch die Ehefrau zur Ausbringung geeigneter Sicherheitsmaassregeln berechtigt werde (§§. 1684, 1685 des B.G.B.). Daneben besteht zwar das Befugniss derselben fort, ihren Illatenanspruch eintretenden Falles gegen den ehemännlichen Concurs zu verfolgen, ihr Rechtsverhältniss zu dem Ehemanne selbst wird jedoch in Ansehung des aus der Concursmasse restituirten Vermögens nicht alterirt, und deshalb kann auch der Concursgläubigerschaft das Recht nicht abgesprochen werden, sich ihrer Befriedigung halber für die Dauer des Concurses an die dem Ehemanne verbleibenden Nutzungen des eheweiblichen Vermögens nach Maassgabe der oben §. 149, II., 2 erwähnten Grundsätze zu halten.

Wegen der hiermit zusammenhängenden Frage nach dem Rechte der Ehefrau, aus dem Concurse des Mannes auch Zinsen von ihrer liquidirten Einbringensforderung zu beanspruchen, ist zu vergl. Wochenbl. 1863, S. 379 ff. Ist übrigens der Concursausbruch erwiesener Maassen durch die Verschwendung der Ehefrau herbeigeführt worden, oder hat sie sich Collusionen mit dem Ehemanne zum Nachtheile der Gläubigerschaft zu schulden kommen lassen, so bedroht sie das auch künftig noch geltende Banqueroutier-

mandat von 1766 §. 15 nach Befinden sogar mit dem Verluste ihrer gesammten Einbringensforderung.

II. Das, was oben §. 149, II, 1. über die Entbehrlichkeit eines Illationsactes für den Eintritt des ehemännlichen Rechtes am Frauenvermögen gesagt wurde, leidet natürlich hier nicht Anwendung, wo es sich um die aus dem bestandenen Ususfructus gegen den Ehemann abzuleitenden Verpflichtungen handelt. Jedoch hat man auch hierunter, d. h. unter dem von der Ehefrau da nöthig zu erweisenden factum illationis nicht schlechterdings eine von der Frau oder dem etwaigen dritten Besteller der Mitgift vorgenommene besondere Traditions- resp. Ueberweisungshandlung, sondern überhaupt jeden thatsächlichen Vorgang zu verstehen, aus dem sich ergiebt, dass dem Ehemanne der betreffende Vermögenstheil zum Zwecke der Ausübung des ihm daran zustehenden Nutzniessungs- und Verwaltungsrechtes zur Verfügung gestellt gewesen sei. Auch begnügt man sich bei der Rückforderung des Einbringens aus dem Concurse des Ehemannes schon mit dem Nachweise, dass die Ehefrau einen gewissen Vermögensbestand bei Eingehung der Ehe gehabt, resp. während derselben hinzuerworben habe, um darauf hin die Beweisführerin zu einem Suppletorium betreffs der behaupteten Illation zuzulassen (Haubold, Lehrb. §. 74, 9 d.). Das Gesetzbuch hat hieran etwas nicht geändert. *)

*) Ueber die Erleichterung, welche der Gerichtsbrauch in Sachsen dem von der Ehefrau über ihr Einbringen zu liefernden Beweise durch die Berücksichtigung gewisser an sich unzulässiger Zeugen zu Theil werden lässt, ist zu vergleichen Nehrhoff von Holderberg in der Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. Bd. IV. S. 204 ff. unter VII. Auf einem blossen Missverständnisse scheint die in den speciellen Motiven S. 858, 859 zu §§. 1686 bis 1721 des Entwurfes enthaltene weitergehende Bemerkung zu beruhen, wonach der Ehefrau weiter Nichts als die Verpflichtung des Nachweises obliegen soll, dass bei Beginn der Ehe ein gewisses Vermögen auf ihrer Seite vorhanden gewesen sei, ohne die im Texte erwähnte Liquidstellung des weiteren Umstandes, dass sie diese Vermögenssubstanz dem Manne nun auch wirklich inferirt habe.

III. Der Gegenstand und Umfang des Rückforderungsrechtes bestimmt sich, abgesehen von dem Falle der dos aestimata (oben §. 149) nach den Grundsätzen über die Restitutionspflicht des Usufructuars, resp. Quasi-Usufructuars nach beendetem Niessbrauche, modificirt jedoch durch den Satz, dass der Ehemann in Ansehung der seiner Verwaltung unterliegenden Sachen nur diligentiam quam in suis rebus zu prästiren habe (§§. 612 ff. 1655, 1688). Die in unserer Praxis zeither noch streitige Frage (Du Chesne i. d. Ztschr. f. Rtspfl. N. F. IX. S. 489 ff.), ob der Ehemann bei verbrauchbaren Sachen, soweit sie nicht mehr in unverschlechtertem Zustande vorhanden, und soweit er nicht Sachen gleicher Beschaffenheit zu liefern vermöge, deren Werth zur Zeit der Illation oder zur Zeit der Restitution zu gewähren habe, entscheidet das Gesetzbuch in §. 623 mit einer Mehrzahl gemeinrechtlicher Schriftsteller (zu vergl. Glück, Commentar, Th. IX. S. 422 bei Note 58) dahin, dass der Ehemann die Wahl habe, ob er Sachen derselben Gattung und Güte oder deren Werth, dann aber zur Zeit der Illation, gewähren wolle. Besondere Grundsätze kommen noch in Betracht in Ansehung:

a. der den Ehegatten von dritten Personen gemeinschaftlich gemachten Hochzeitsgeschenke, und

b. derjenigen Mobilien, welche zum eigenen persönlichen Gebrauche der Ehefrau zu dienen bestimmt sind, Kleider, Schmuck u. s. f.

Zu a. Hier findet im Zweifel condominium statt. — Bei der Rückforderung ist also an sich naturale, resp. juristische Theilung nothwendig, soweit jedoch dergleichen Gegenstände bei der Auflösung der Ehe oder zur Zeit des Concursausbruches nicht mehr in Natur vorhanden sind, sollte nach Vorschrift der dec. 51 von 1661, durch welche die vorausgegangene const. 22 pte. III. erläutert wurde, der Ehefrau selbst dann, wenn der Ehe-

mann derartige Sachen erweislich veräussert oder sonst consumirt haben sollte, Anspruch auf Werthserstattung im Zweifel nicht weiter, sondern nur dann, und insoweit zustehen, als und inwieweit durch Bestimmung der Geber oder durch Verabredungen der Ehegatten unter sich ein Anderes festgesetzt worden sei (z. B. sollte schon die Aufnahme einer Specification unter Beifügung der Taxe hierbei in Betracht kommen). Das Gesetzbuch im §. 1658 wiederholt zwar den obenerwähnten allgemeinen Satz, ohne jedoch der durch die Decision eingeführten eventuellen Beschränkungen des Rückforderungsrechtes ferner noch zu gedenken.

Zu b. Die hier bezeichnete Gattung von Gegenständen (apparatus muliebris) hat das Eigenthümliche, dass sie im Zweifel selbst dann, wenn der Ehemann solche während der Ehe erweislich aus eigenen Mitteln angeschafft hat, als Eigenthum der Frau gelten sollen, und dass sie (obwohl ohne die Eigenschaft von Recepticien zu haben) schon ihrer Natur nach weder dem ehemännlichen Niessbrauchsrechte, noch auch, so lange wenigstens die Frau über sie nicht in einer ihrer Bestimmung widersprechenden Weise disponirt, dem Verwaltungsrechte des Mannes unterliegen (§. 1656 verb. mit §. 1671 des B.G.B.). Eine ähnliche, jedoch nur auf den Fall der Sonderung des beiderseitigen Vermögens nach aufgelöster Ehe berechnete Bestimmung enthielt schon das Gouvernementspatent, die Aufhebung der statutarischen Erbrechte betreff., vom 12. 24. Mai 1814.

IV. Das Rückforderungsrecht der Ehefrau ist von jeher ein in mehreren Beziehungen begünstigtes gewesen.

a. Nach älterem Rechte stand ihr, soweit sie ihr Einbringen aus dem Nachlasse des Ehemannes von dessen Erben zurückforderte, zum Schutze ihres diesfallsigen Anspruches ein Retentionsrecht an den in ihrer Detention

befindlichen Nachlassobjecten (gleichviel ob Mobilien oder Immobilien) zu (const. 33 pte. III.).

In dem Concurse zu dem Nachlasse des Ehemannes konnte jedoch mit Rücksicht auf die allgemeinen Vorschriften der Erl. Processordnung ad tit. XLI. 1. dieses Retentionsrecht schon früher keine Wirksamkeit mehr beanspruchen. Das Gesetzbuch übergeht dieses Recht ganz mit Stillschweigen. Ferner gehört hierher

b. das der Ehefrau wegen ihrer Einbringensforderung im ehemännlichen Concurse in Gemässheit des Mandates, die Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken betreff., vom 4. Juni 1829 §. 14 zuständige Privilegium exigendi, welches nebst dem Rechte der Ehefrau auf Verlautbarung des Werthes ihres Mobiliareinbringens auf dem Grundstücksfolium des Mannes (zu vergl. oben im Pfandrechte Bd. I. S. 267) das letzte Ueberbleibsel der aus dem Römischen Rechte entlehnten sogenannten Dotalprivilegien bildet. Endlich geniesst

c. die Ehefrau bei der processualen Geltendmachung ihres Forderungsrechtes auf Grund von dec. 4 von 1661 das Beneficium restitutionis in integrum dergestalt, dass sie nicht bloss gegen die dort erwähnte Versäumung an der Beweisfrist, sondern vermöge extensiver Interpretation der Decision gegen Ablauf aller Processfatalien ex persona Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält (zu vgl. noch Civilprocessnovelle vom 30. Decemb. 1861 §. 26).

§. 155. Von der Putativehe.

Die vorstehend gedachten Wirkungen der Ehe setzen der Regel nach deren Gültigkeit voraus. Der Mangel dieser Gültigkeit kann jedoch ausnahmsweise durch den redlichen Glauben der Ehegatten, beziehentlich Eines von ihnen gehoben werden. Anlangend

I. das Rechtsverhältniss der Ehegatten unter sich, so hat man zu unterscheiden, ob der Ungültigkeitsgrund

a. ein innerer, oder

b. ein äusserer (formeller) war.

Im Falle unter a. bleiben die der Ehe an sich zukommenden Rechtswirkungen beiden, resp. wenigstens dem einen gutgläubigen Ehegatten so lange gesichert, als dieser ihr guter Glaube andauert (§. 1628 des B.G.B.). Ob das der Ehe entgegenstehende vitium internum zu der Classe der öffentlichen indispensablen Nichtigkeitsgründe (oben §. 139) oder nur zu der Classe der sogenannten Anfechtungsgründe (oben §. 140) gehört, macht nur insofern einen Unterschied, als im letzteren Falle die Frage nach der Putativehe natürlich überhaupt erst entstehen kann, dafern der betreffende Anfechtungsgrund von dem Berechtigten mit Erfolg geltend gemacht worden ist.

Kommt es aber zur Aufhebung einer solchen Ehe, so kann sich die rückwirkende Kraft der eherichterlichen Aufhebungssentenz gegen den einzelnen Ehegatten höchstens nur bis dahin äussern, wo er erweislich Kenntniss von dem vorhandenen Anfechtungsgrunde erhielt. Im ersteren Falle dagegen sind die privatrechtlichen Rechtswirkungen einer solchen unheilbar nichtigen Ehe, auch wenn es niemals zu einer förmlichen Nichtigkeitserklärung derselben (zu vergl. oben §. 142, I.) kommen sollte, in Bezug auf die Ehegatten unter sich schon von Anbeginn an nur nach obigem Grundsatze zu beurtheilen (mit Ausnahme der aus der Begriffsbestimmung des Rev. Strafgesetzbuches Art. 261, 268 zu interpretirenden Vorschriften über Bigamie und Ehebruch).

b. Besteht umgekehrt der Nichtigkeitsgrund in einem wesentlichen Mangel der Form der Eheschliessung, so kann selbst der gute Glaube des einen oder beider Ehegatten der Regel nach nicht sanirend wirken. Die Ehe bleibt vielmehr rücksichtlich Beider wirkungslos. Nur in Ansehung des beiderseitigen Erbrechtes der Ehegatten macht das Gesetzbuch im §. 2054 zu Gunsten Desjenigen

eine Ausnahme, welcher mit dem Erblasser bis zu dessen Tode ohne Kenntniss von dem vorhandenen Nichtigkeitsgrunde in einer derartigen formlosen Ehe gelebt hat.

II. Bezüglich der Legitimität der in einer nichtigen Ehe erzeugten Kinder genügt schon der gute Glaube des einen Ehegatten, um den Kindern die Rechte ehelich Geborener beiden Eltern gegenüber zu sichern. Und zwar reicht hier schon die zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhandene bona fides hin, so dass mala fides superveniens den Kindern und zwar selbst den erst später erzeugten unschädlich ist (§. 1771 verb. mit §. 1782 des B.G.B.). Das Erbfolgemandat im §. 14 ging sogar zu Gunsten der Kinder noch weiter, insofern es nur gewisse Ehehindernisse (nämlich ein bereits bestehendes Eheband, sowie einen indispensabeln Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsgrad) als solche gelten liess, die, wenn sie beiden Theilen zur Zeit der Eheschliessung bekannt waren, die eheliche Geburt der Kinder ausschlössen. Jetzt müssen bei allen absoluten Ehehindernissen (z. B. auch bei Religionsverschiedenheit, verabredeter Lebensnachstellung u. s. w.: zu vergl. oben §. 139, no. 3—5) eintretenden Falles die Grundsätze über Putativehe zu Hülfe genommen werden.

II. Abtheilung.

Von den Rechtsverhältnissen zwischen Aeltern und Kindern.

§. 156. Legitimität oder eheliche Geburt.*)

I. Die für das Aeltern- und Kindesverhältniss und dessen privatrechtliche Folgen dem Vater gegenüber (im

*) Letzteres ist der ungenauere Ausdruck, da weder sämmtliche während der Ehe geborene Kinder legitim, noch alle nach Auflösung der Ehe zur Welt gekommene unehelich sind.

Gegensatze zur Mutter) regelmässig in Betracht kommende eheliche Abstammung des Kindes bestimmt sich im einzelnen Falle nach den gesetzlichen sogenannten Nativitäts- oder Conceptionsfristen, mit deren Hülfe von dem bekannten Tage der Geburt des Kindes auf dessen in der Ehe erfolgte Zeugung zurückgeschlossen werden soll. Betreffs dieser Fristen folgt unser Particularrecht zwar von jeher im Wesentlichen dem gemeinen Rechte, jedoch mit nachstehenden Modificationen:

a. Das Rescript: dass eine siebenmonatliche Frucht vor Recht ehelich geboren zu achten, vom 27. Febr. 1635, indem es verordnete, dass ein „im siebenten Monate (der Ehe) zur Welt gekommenes Kind pro partu legitimo zu halten", gab fast wörtlich die Ausdrucksweise der bekannten lex 12. D. de statu hom. I, 5. wieder. Zur genaueren Feststellung der hiermit angedeuteten Zeitfrist nahm unsere Praxis, in gleicher Weise wie die gemeinrechtliche Doctrin, von jeher das Ulpian'sche Fragment 3, §. 12 D. de suis et legit. XXXVIII. 16, zu Hülfe, wo das am 182. Tage geborne Kind für justo tempore natus erklärt wird. Dabei wichen jedoch die Ansichten unserer Spruchbehörden insofern wieder von einander ab, als einige den Tag der Eheschliessung und der Geburt, andere und unter ihnen das Oberappellationsgericht nur den Tag der Eheschliessung in diese 182tägige Frist mit eingerechnet wissen wollten (Wochenbl. 1860, S. 111.).

b. In Ansehung der längsten, zehnmonatigen Frist, binnen welcher das Kind gemeinrechtlich von Auflösung der Ehe an geboren sein muss, um noch als legitim gelten zu können, bestand eine ähnliche geringfügige Differenz. Diese Frist wird von der Glosse zum Sachsenspiegel I, 33 auf zehn Monate und zwei Tage angegeben, und obgleich dieses Resultat von dem Glossator anscheinend nur dadurch erlangt worden ist, dass sich derselbe die gemeinrechtlichen 300 Tage zwischen dem Tage

der Geburt und dem der möglichen Conception des Kindes schon voll mitten inneliegend gedacht hat, so ist doch das Oberappellationsgericht hierbei nicht stehen geblieben, sondern befolgte auch hier seit neuerer Zeit die Ansicht, dass die nach der Glosse sich ergebenden 302 Tage zwar einschliesslich des letzten Tages der möglichen Conception in der Ehe, aber ausschliesslich des Tages der Geburt zu verstehen seien.

c. Das Gesetzbuch schliesst sich in beiden Punkten der Meinung des Oberappellationsgerichts an (§§. 1771, 1772, 1776 verb. mit 87 des B.G.B.) und entfernt sich hierdurch einerseits zum Nachtheile, andrerseits aber auch wieder zum Vortheile der Legitimität vom gemeinen Rechte. Ueber die Auslegung dieser ihrer Wortfassung nach nicht ganz zweifellosen Paragraphen und deren Verhältniss zu dem oben §. 42 unter f. S. 144 des I. Bd. erwähnten §. 87 des B.G.B. ist zu vergl. Pöschmann, Annalen des O.A.G. Ä. F. Bd. VII. S. 145 ff., wo sich zugleich eine Tabelle für Berechnung der sogenannten Conceptionsfristen für alle Tage des Jahres angehängt findet. Neu ist übrigens noch die Bestimmung in §. 1779 des B.G.B., wonach bei entstehenden Zweifeln darüber, ob ein von der Mutter in zweiter Ehe gebornes Kind aus dieser oder der früheren Ehe herrühre, schon mit Ablauf der gewöhnlichen Schwangerschaftsdauer (hier 270 Tage) von Beendigung der ersten Ehe an angenommen werden soll, dass das Kind nicht aus der ersten Ehe herrühre.

II. Soweit die Geburt des Kindes in die eine oder andre dieser Fristen fällt, wird auch künftig dadurch nur eine einfache Rechtsvermuthung für die Paternität des Ehemannes erzeugt. Zur Entkräftung derselben ist der Nachweis, dass der Ehemann innerhalb der gesetzlichen Conceptionsfrist mit der Mutter des Kindes nicht concumbirt habe, nach §§. 1772, 1773 des B.G.B. genügend, aber auch nothwendig; d. h. so wenig einerseits der Nach-

weis physischer Unmöglichkeit einer stattgehabten fleischlichen Vermischung der Eheleute innerhalb jener Frist gefordert werden kann, ebensowenig ist andererseits etwaigen, bloss aus der Beschaffenheit des Kindes zu entnehmenden Wahrscheinlichkeitsmomenten oder wohl gar dem Geständnisse oder dem Nachweise eines von der Mutter des Kindes innerhalb der Conceptionsfrist begangenen Ehebruches ein entscheidendes Gewicht beizulegen.*)

Für den Ehemann geht übrigens das Recht auf Führung dieses Gegenbeweises durch vorheriges ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniss seiner Vaterschaft zwar verloren (obwohl die Annahme eines stillschweigenden Anerkenntnisses hier gegen ihn nur dann Platz greifen soll, wenn er nicht binnen 90tägiger Frist nach erhaltener Kunde von der erfolgten Niederkunft an bei seiner Wohnortsbehörde gegen die Vaterschaft protestirt hat, §. 1775 des B.G.B.); dritte Personen dagegen oder das Kind selbst, dafern sie die Legitimitätspräsumtion nicht gegen sich gelten lassen wollen, sind durch ein derartiges hinzutretendes Anerkenntniss an der Führung des obigen Gegenbeweises nicht behindert (§. 1778 des B.G.B.).

III. Kommt das Kind zwar in der Ehe, aber noch

---

*) Die allerdings von einem Falle absoluter physischer Unmöglichkeit ehelicher Erzeugung handelnde l. 6 D. de his qui sui vel alieni juris I, 6 ist nur von exemplicativer Bedeutung. Andererseits wird die juristische Präsumtion der Legitimität eines innerhalb der gesetzlichen Frist geborenen Kindes nur durch stricten Gegenbeweis widerlegt werden können. Die aus der Unreife eines z. B. am dreihundertsten Tage nach der jüngsten möglichen Conception zur Welt gekommenen Kindes sich ergebende Wahrscheinlichkeit seiner Illegitimität hebt als eine blosse thatsächliche jene rechtliche Vermuthung nicht auf. Zu vergl. hierüber Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. I. S. 165 (no. 161), Savigny, System Bd. II. S. 390 und Windscheid, Lehrbuch der Pandecten, Bd. I S. 132: §. 56b. Not. 3 a. E.

vor dem oben (unter I. a.) angegebenen Zeitpunkte zur Welt, so kann die solchenfalls ausgeschlossene Legitimitätspräsumtion durch hinzutretendes Paternitätsanerkenntniss seiten des Ehemannes (ausdrücklich oder stillschweigend) dergestalt ersetzt werden, dass nunmehr von dem Kinde selbst oder dritten Personen, welche sich auf dessen Legitimität berufen, nicht erst noch der Nachweis eines vor der Ehe zwischen der Mutter des Kindes und dem nachmaligen Ehemanne innerhalb der (I. a.) gedachten Frist gepflogenen Beischlafs (welchenfalls die Voraussetzungen der legitimatio per subsequens matrimonium gegeben sein würden) geführt zu werden braucht. Dabei soll hier, abweichend von dem unter II. Bemerkten ein stillschweigendes Anerkenntniss nicht bloss unter der Voraussetzung einer von dem Ehemanne unterlassenen gerichtlichen Protestation binnen 90 Tagen von der Geburt des Kindes ab, sondern auch schon dann angenommen werden, wenn der Ehemann trotz der ihm erweislich bekannt gewesenen Schwangerschaft seiner Verlobten sich nicht alsbald bei der Verheirathung, wenn auch nur aussergerichtlich, gegen die Annahme seiner Paternität verwahrt hat (§§. 1776, 1777 des B.G.B.). Obwohl übrigens hier dem Anerkenntnisse der Vaterschaft, mag es auf die eine oder die andere Weise erfolgt sein, eine ganz andere Bedeutung als in dem Falle II. zukommt, insofern es nicht bloss wie dort einen Verzicht auf den hier gar nicht erst nöthigen Gegenbeweis gegen die Legitimitätspräsumtion enthält, sondern diese letztere erst schafft, so müssen doch Dritte ebenso wie das Kind selbst hier wie dort jederzeit mit dem Beweise dagegen gehört werden, dass der Ehemann vor Eingehung der Ehe innerhalb der Conceptionsfrist seiner nachmaligen Ehefrau nicht beigewohnt habe (§. 1778 des B.G.B.).*)

*) Für den früheren Rechtszustand ist zu vergleichen die von Kritz in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. VI, S. 481

§. 157. Legitimation.

Ist das Kind in der Ehe weder erzeugt, noch geboren, so reicht zwar blosses Anerkenntniss der Vaterschaft seiten seines Erzeugers unter allen Umständen nicht hin, um ihm die vollen Statusrechte zu verleihen, wohl aber kann es entweder

a. durch nachfolgende Verehelichung seines Erzeugers mit der Mutter, oder

b. in Folge Ehelichsprechung durch den Landesherrn zu Ersterem in das Verhältniss eines ehelichen Kindes treten. Der

zu a. gedachte Legitimationsmodus erscheint seinen Wirkungen nach als der vergleichsweise vollkommenere, weil er den auf diese Weise legitimirten Kindern nicht bloss in Ansehung ihres Vaters, sondern auch rücksichtlich dessen sämmtlicher Blutsverwandten die Stellung Ehelichgeborener verschafft und selbst wenn zur Zeit der Eingehung der Ehe das aussereheliche Kind bereits verstorben sein sollte, dennoch dessen ehelicher Descendenz, bei Töchtern sogar deren ausserehelichen Nachkommen zu Gute gehet (Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829, §§. 15, 16 — §§. 1780, 1781 verb. mit §§. 2016 ff. des B.G.B.). In Betreff der verschiedenen Arten von unehelichen Kindern ist rücksichtlich ihrer Legitimationsfähigkeit per subsequens matrimonium heutzutage*) nur insofern noch ein Unterschied zu machen, als zwischen den Eltern eine gültige Ehe möglich sein muss. Eine Putativehe (oben §. 155) steht jedoch auch hier einer gültigen Ehe gleich. Einerseits bleibt daher selbst bei

---

gelieferte Widerlegung des Berger'schen Satzes: legitimi habentur primo post nuptias mense nati.

*) Ueber die Legitimation nach Römischem Rechte s. Windscheid: Lehrbuch, §. 522, Bd. II. S. 846 ff.

liberis incestuosis dieser Legitimationsmodus immerhin wenigstens denkbar, andererseits kann derselbe aber auch bei liberis adulterinis nicht mehr so unbedingt, wie nach unserem zeitherigen Rechte (§§. 14, 15 des Erbfolgemandats. — Ztschr. f. Rtspfl. XXIII. S. 42 ff.), sondern gleichfalls nur, sobald namentlich ein ehebrecherisches Verhältniss der oben §. 139, no. 4 gedachten Art vorlag, unter den Voraussetzungen einer Putativehe wirksam werden (oben §. 155 a. E.).

Zu b. Die Ehelichsprechung ist nach unserer Verfassung ausschliessliches Recht der Krone und das Legitimationsgesuch ist daher in allen Fällen behufs der Vortragserstattung an den König zur Cognition des Justizministeriums zu bringen (Verordnung, die Legitimation unehelicher Kinder betreff. vom 7. November 1831, §. 6 verb. mit Verordnung zur Ausführung des B-Gesetzes vom 28. März 1835, §. 8, no. 5). Zu dem Ende ist dasselbe bei dem Unterrichter anzubringen. Dieser hatte nach Erörterung der einschlagenden Verhältnisse früher an das vorgesetzte Bezirksappellationsgericht Bericht zu erstatten, welchem darauf gutachtliche Vortragserstattung an das Justizministerium oblag. Jetzt, seit der die Confirmation der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 und deren theilweise Abänderung bezweckenden Verordnung vom 3. August 1868, §. 6, ist das Gesuch um Ehelichsprechung zwar fortgesetzt bei dem Untergerichte anzubringen, von letzterem aber mittelst gutachtlichen Berichtes direct bei dem Justizministerium anzuzeigen.

Beide Legitimationsarten haben zwar die natürliche Abstammung des Legitimandus von dem Legitimirenden zu ihrer Voraussetzung, bei beiden wird aber der Beweis dieses Umstandes durch Anerkenntniss der Vaterschaft seiten des Letzteren bis zum Nachweise des Gegentheiles entbehrlich gemacht, und es besteht zwischen Beiden insoweit nur der Unterschied, dass, während bei der

Rescriptslegitimation das Legitimationsgesuch der Natur der Sache nach ein derartiges ausdrückliches Anerkenntniss jederzeit enthalten muss, dasselbe bei der legitimatio per subsequens matrimonium, zu welcher überhaupt eine besondere Willenserklärung seiten der Aeltern des Legitimandus nicht als erforderlich gedacht werden darf, in concreto ganz fehlen kann, wo dann die natürliche Abstammung nöthigenfalls besonders dargethan werden muss.

Wesentlicher ist der Unterschied, dass, während bei der legitimatio per subsequens matrimonium die Legitimationswirkung selbst gegen den Willen des Kindes mit dem Augenblicke der Verheirathung seiner natürlichen Aeltern ipso jure eintritt, bei der Rescriptslegitimation die vorherige Einwilligung des Legitimandus oder seines Vertreters unerlässlich ist; und zwar verlangt das Gesetzbuch in §. 1785 bei einem unter Altersvormundschaft stehenden Kinde von dessen vierzehnten Lebensjahre ab ausser der vormundschaftlichen Genehmigung sogar dessen persönliche Einwilligung. Uebrigens sind auf diesem Wege der Rescriptslegitimation jetzt gleichfalls alle Arten unehelicher Kinder legitimationsfähig. Weiter kann dieser Legitimationsmodus im Gegensatze zum Römischen Rechte jetzt selbst da gewählt werden, wo die legitimatio per subsequens matrimonium an sich noch möglich sein sollte, und ebenso darf heutzutage auch derjenige Vater, welcher bereits eheliche Kinder hat, um Legitimirung seiner ausserehelichen nachsuchen. Nur muss vor der Ehelichsprechung eines Adulterinus, wenn die Ehefrau des Adulter mit diesem noch in der Ehe lebt, die ausdrückliche Genehmigung derselben dazu beigebracht werden (§. 1786 des B.G B.).

Die Wirkungen dieser Legitimationsart erstrecken sich dagegen in der Regel nur auf den Legitimandus, und dessen eheliche, beziehentlich bei Töchtern aussereheliche, Abkömmlinge einerseits, sowie auf den Vater

und dessen Descendenz andererseits (nicht also, wie bei der Legitimationsart unter a. auch auf die väterlichen Ascendenten und Seitenverwandten), diese müssten denn ausdrücklich darein willigen: §§. 1783 und 2023 des B.G.B.

Der Unterschied zwischen legitimatio plena und minus plena*) des älteren Rechtes, welcher mit der aus der unehelichen Geburt sich ergebenden Anrüchtigkeit zusammenhing, war schon seit dem Mandate, die Gleichstellung der unehelich Geborenen mit den ehelich Geborenen hinsichtlich der bürgerlichen und Ehrenverhältnisse betreff., vom 23. März 1831, bei uns nicht mehr praktisch. Ueber die sogenannte legitimatio per testamentum endlich ist zu vergleichen §. 1784 des B.G.B.

§. 158. Von den Brautkindern.

Ein weiterer Fall, wo ein in der Ehe weder erzeugtes noch gebornes Kind dennoch die Legitimitätsrechte anzusprechen haben kann, ist der des sogenannten Brautkindes.

Die 49. Decision von 1661, welche sich in unserer Landesgesetzgebung zuerst mit diesem Begriffe beschäftigt, hatte nur den Fall im Auge, wenn das Zustandekommen der Ehe zwischen den Verlobten durch den Tod des einen derselben gehindert worden sei, und stellt für diesen Fall auch nur das Erbrecht des in dem Verlöbnisse erzeugten Kindes an die älterliche Verlassenschaft (nicht umgekehrt) fest. Das Erbfolgemandat §. 14 dagegen erklärt den

*) Ihr Zweck bestand nur in der Beseitigung des öffentlichrechtlichen Makels der unehelichen Geburt, während das Recht der Intestaterbfolge und die wirkliche Ehelichsprechung nicht zu ihren Wirkungen zählte. Haubold: Lehrb. 1 Aufl. §. 91 S. 82 und Rescript: die Legitimation unehelicher Kinder durch landesherrliches Rescript betreff., vom 8. Januar 1796 Beil. D. und E. verb. mit Erbfolgemandat §§. 20 bis 22.

Grund des späteren Nichtzustandekommens der Ehe an sich für gleichgültig, und erstreckt das Erbrecht des Brautkindes ausser auf die väterliche Verlassenschaft auch auf die der väterlichen Verwandten. Umgekehrt räumt es zwar auch dem Vater und dessen Verwandten ein reciprokes Erbrecht an dem Nachlasse des Kindes ein, lässt aber abgesehen hiervon das Princip unberührt, dass das Verhältniss der Brautkindschaft nur dem Kinde Rechte verleiht, nicht aber gegen dieses Rechte begründet (z. B. in Bezug auf väterliche Gewalt, Alimentationspflicht u. s. w.).

Dies ist auch im Allgemeinen noch der Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuches im §. 1578 verb. mit §§. 2018, 2025, nur erweitert es den in einem gewissen Umfange bereits von dem Erbfolgemandate §. 14 a. E. zur Geltung gebrachten Begriff des Putativverlöbnisses noch mehr dahin, dass nach §. 1577 sämmtliche dem Verlöbnisse eigenthümliche Ungültigkeitsgründe und selbst der Mangel der gesetzlichen Form (zu vergl. oben §. 156) durch die bona fides des einen Theiles der Verlobten schon unschädlich gemacht werden kann. Dabei wird übrigens in §. 2039 nicht bloss, wie schon nach dem Erbfolgemandate §. 39 dem in mala fide befindlich gewesenen Vater das reciproke Erbrecht an dem Nachlasse des Kindes fortdauernd abgesprochen, sondern das Gleiche geschieht auch rationeller Weise in Bezug auf den Vater und dessen Voraltern dann, wenn der Vater es war, welcher das Nichtzustandekommen der Ehe verschuldet hatte. Ferner liess das bisherige Recht (sowohl das Erbfolgemandat §. 14, als auch das Mandat, das Erbfolgerecht der sogenannten Mantel- oder Brautkinder bei Lehengütern betreffend, vom 17. Juni 1819) es mindestens zweifelhaft, ob es für den Begriff des Brautkindes wesentlich sei, dass das Verlöbniss zur Zeit der Geburt des Kindes noch bestanden habe. Das Gesetzbuch im §. 1578

unterscheidet hier, ob die Abschliessung des Verlöbnisses der Zeugung des Kindes vorausgegangen oder gefolgt sei. Im ersteren Falle soll die noch vor der Geburt erfolgte Wiederaufhebung des Verlöbnisses der Annahme eines Brautkindschaftsverhältnisses an sich nicht im Wege stehen, im zweiten Falle aber ist das nach der Zeugung erst eingegangene Verlöbniss zur Gleichstellung des Kindes mit einem ehelichen nur dann ausreichend, wenn dieses noch während des bestehenden Verlöbnisses zur Welt kommt.*)

§. 159. Von der Annahme an Kindesstatt.

I. Die Herstellung eines Aeltern- und Kindesverhältnisses auf rein juristischem Wege, auch ohne Anknüpfung an ein bereits vorhandenes natürliches Verwandtschaftsband war in unserem zeitherigen Rechte im Wesentlichen noch an die nämlichen Voraussetzungen und Formen wie im neuesten Römischen Rechte gebunden. Insbesondere hatte es das Erbfolgemandat, welches in §§. 47 ff. jeden Unterschied zwischen vollkommener und unvollkommener Adoption aufzuheben schien, doch nur mit den erbrechtlichen Folgen einer Annahme an Kindesstatt zu thun, und man unterschied daher im Uebrigen noch fortdauernd, ob

a. der Anzunehmende sui juris sei und der patria potestas des Annehmenden unterworfen werden sollte. Hier war die Erwirkung landesherrlicher Bestätigung nothwendiges Erforderniss, und wie bei der Rescriptslegitimation hatte auch hier der Unterrichter das Gesuch an das Appellationsgericht und dieses dasselbe an das Justizministerium zu bringen, ohne Unterschied, ob sich je nach Lage der Sache eine concurrirende obervormundschaftliche Cognition nöthig machte oder nicht.

---

*) Die Legitimation eines bereits ausserehelich geborenen Kindes per subsequentia sponsalia giebt es nicht.

b. In blossen Adoptionsfällen dagegen genügte unterrichterliche Bestätigung des Adoptionsvertrages, soweit es nicht ausnahmsweise wegen Mangels einer der gesetzlichen Voraussetzungen (z. B. des vorschriftsmässigen Alters des Adoptans oder des Altersunterschiedes zwischen ihm und dem Adoptandus) der Einholung landesherrlicher Dispensation bedurfte. Letztere wurde auch jedesmal bei einer von einer Frau zu bewirkenden Adoption erfordert.

II. Das Gesetzbuch bestimmt:

a. in Ansehung der Form und Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt, dass landesherrliche Genehmigung in allen Fällen unentbehrlich sei, und gesteht, abweichend von der zeitherigen Praxis (Wochenbl. 1856, 241 ff.), dem vorläufigen Abschlusse des Adoptionsvertrages nicht einmal mehr die Kraft zu, ein gegenseitiges Klagerecht auf Einholung dieser Genehmigung zu erzeugen (§§. 1787, 1789 des B.G.B.). Dafür macht es aber in Bezug auf die Zulässigkeit der von einer Frau zu bewirkenden Adoption keinen Unterschied mehr, setzt ferner das vorschriftsmässige Alter des Adoptans von 60 auf 50 Jahre herab und gestattet übrigens selbst dem ausserehelichen Vater die Adoption seines ausserehelichen Kindes (§§. 1790, 1791 des B.G.B.).

Wegen der persönlichen Einwilligung des unter Vormundschaft stehenden Adoptandus gilt nach §. 1794 des B.G.B. das oben §. 157 unter b. bei der Rescriptslegitimation Gesagte und ausserdem ist in Fällen, wo die Ascendenten des an Kindesstatt Anzunehmenden noch leben, auch die Einholung ihrer Genehmigung nach gleichen Grundsätzen erforderlich, wie bei der Consensertheilung zu einem einzugehenden Verlöbnisse, also auch ohne Unterschied, ob der zu Adoptirende bereits sui juris ist oder nicht. Endlich bedarf es zur Adoption einer verheiratheten Frau der Genehmigung des Ehemannes

(§. 1795 des B.G.B.). Gesuche um Genehmigung der Annahme an Kindesstatt sind jetzt ausnahmslos bei den Untergerichten anzubringen und von diesen mittelst gutachtlichen Berichtes dem Justizministerium anzuzeigen. Verordnung vom 3. August 1868 §. 6.

b. In Bezug auf die Wirkungen der heutigen Adoption lässt sich das Gesetzbuch einerseits die thunlichste Schonung des natürlichen Aeltern- und Kindesverhältnisses angelegen sein, insofern es nicht bloss das gegenseitige Erbrecht zwischen den leiblichen Ascendenten und Descendenten und übrigen Blutsverwandten, sondern auch das Recht auf Ertheilung des Eheconsenses, nicht minder in gewissem Umfange auch die gegenseitige Alimentationspflicht unberührt lässt (§. 1798 des B.G.B.). Andererseits entzieht es das zwischen dem Adoptans und dem Adoptatus begründete Rechtsverhältniss möglichst dem Einflusse etwaiger eigennütziger Motive dadurch, dass es betreffs der vermögensrechtlichen Folgen für den Adoptatus nur Rechte, aber nicht Pflichten daraus hervorgehen lässt, insbesondere gesteht es dem Adoptans, selbst wenn er die väterliche Gewalt über das Wahlkind erwirbt, weder Niessbrauch noch ein Erbrecht am Kindesvermögen, noch einen Anspruch auf Alimentation gegen den Anzunehmenden zu (§. 1797 des B.G.B.).

Endlich erstrecken sich die Rechtswirkungen der Adoption immer nur auf die Person des Annehmers und Angenommenen, beziehentlich dessen Descendenz, nicht auf die beiderseitigen sonstigen Familienglieder (§. 1799 des B.G.B.). Ueber den Begriff der Aufhebung der Annahme an Kindesstatt im Gegensatze zur Emancipation als eines blossen Erlöschungsgrundes der aus der Annahme an Kindesstatt etwa hervorgegangenen väterlichen Gewalt ist zu vergleichen §. 1800 verb. mit §. 1831 des B.G.B. Erstere zerstört namentlich das Erbrecht des Kindes gegen den Pater adoptans, letztere nicht (§. 2048 des B.G.B.), und erstere

ist deshalb auch an ganz andere, im §. 1800 des B.G.B. erwähnte Formerfordernisse geknüpft als letztere.

§. 160. Rechte und Pflichten der Aeltern.

Charakteristisch für das Recht des Gesetzbuches in dieser Lehre ist der Umstand, dass eine Mehrzahl von Befugnissen, welche das Römische Recht als Ausfluss der väterlichen Gewalt behandelt, jetzt als Gemeingut beider Aeltern erscheint; so das Recht zur Ertheilung des Eheconsenses (oben §. 136); ferner dass Recht, dem Kinde letztwillig einen Vormund zu ernennen (unten §. 167 A. I.); ferner das Recht der sogenannten Pupillarsubstitution (unten §. 191 unter No. II.) — obwohl in mehreren dieser Beziehungen dem Vater immerhin noch ein gewisses Uebergewicht gewahrt geblieben ist.

I. Anlangend das älterliche Erziehungsrecht, welchem umgekehrt die Pflicht der Aeltern entspricht, für eine ihrem Stande und den Fähigkeiten des Kindes entsprechende Ausbildung des letzteren soweit möglich Sorge zu tragen, lässt das Gesetzbuch gleichfalls den eigenen berechtigten Wünschen des Kindes von dessen erfülltem vierzehnten Altersjahre an eine billige Berücksichtigung angedeihen, und ordnet im Falle einer hieraus hervorgehenden Differenz zwischen Aeltern und Kindern ebenso wie dann, wenn auffallende Pflichtvernachlässigungen der Aeltern das geistige oder leibliche Wohl des Kindes zu gefährden drohen, das Einschreiten der Vormundschaftsbehörde an (§§. 1803, 1804 des B.G.B.). Im Falle einer Ehescheidung oder Trennung von Tisch und Bett hat gleichfalls die Vormundschaftsbehörde, da nöthig, darüber Bestimmung zu treffen, wem von beiden Ehegatten die Erziehung der in der Ehe erzeugten Kinder zugewiesen werden soll, wobei es nur als eine, aber keineswegs ausnahmslose Regel gilt, dass die Erziehung der Kinder bis zu erfülltem sechsten Jahre der Mutter zu verbleiben,

von da ab aber auf den Vater überzugehen habe (§. 1749 des B.G.B.).

Ebenso richtet sich auch die confessionelle Erziehung des Kindes danach, welcher der verschiedenen Religionsgemeinschaften die Aeltern angehören. Erst mit erreichtem einundzwanzigsten Altersjahre tritt das freie Bestimmungsrecht des Kindes insoweit ein, dass es von da ab einen etwaigen Confessions- oder Religionswechsel unter den allgemeinen im Mandate, den Uebertritt von einer christlichen Confession zur andern betreff., vom 20. Februar 1827, bestimmten Voraussetzungen treffen kann. Rücksichtlich der Kinder aus gemischten Ehen gilt nach dem Gesetze, die Ehen unter Personen evangelischen und katholischen Glaubensbekenntnisses und die religiöse Erziehung der von Aeltern solcher verschiedener Confessionen erzeugten Kinder betreffend, vom 1. November 1836, verb. mit der Ausführungsverordnung dazu vom 2. Mai 1844, als Regel, dass die Confession des Vaters entscheidet. Zwar ist es den Aeltern gestattet, vor Eingehung einer dergleichen Ehe oder auch während derselben vertragsmässig ein Anderes festzusetzen, jedoch muss die betreffende Uebereinkunft vor dem ordentlichen Richter des Verlobten, resp. Ehemannes getroffen werden und ist hierbei persönliches Erscheinen beider Theile an Gerichtsstelle unerlässliches Gültigkeitserforderniss. Auch wird durch ein erst während bestehender Ehe getroffenes derartiges Abkommen die religiöse Erziehung des Kindes, wenn dasselbe bereits damals das sechste Altersjahr erfüllt gehabt, nicht mehr berührt.

II. Die Alimentationspflicht zwischen Aeltern und Kindern ist

1. in der Regel eine vollkommen gegenseitige, und gleichmässig an die doppelte Voraussetzung geknüpfte:

a. Mangel eigenen zureichenden Vermögens, resp.

genügender Erwerbsfähigkeit auf Seiten des Berechtigten (§. 1844 des B.G.B.);

b. Vorhandensein zulänglicher Mittel nach Deckung der eigenen Subsistenz auf Seiten des Pflichtigen *) (§. 1848 erster Satz des B.G.B.).

Ueber die Begriffe der Vermögenslosigkeit und Unvermögendheit sind zu vergl. Annalen des O.A.G. N. F. III. 44 f., Wochenbl. 1866 S. 323.

Erst mit dem Zusammentreffen beider Voraussetzungen kommt der Alimentenanspruch im einzelnen Falle zur Entstehung und erlischt wieder mit dem Augenblicke des Wegfalles der einen oder andern von ihnen. Die Thatsache allein, dass der angebliche Berechtigte bisher fortgelebt hat, genügt aber, um auf die Vergangenheit das Vorhandengewesensein der Voraussetzung unter a. auf so lange zu widerlegen, als der Betreffende nicht darzuthun vermag, dass er zum Zwecke seines Unterhaltes habe Schulden machen müssen — „in praeteritum non vivitur“ — (§. 1849 des B.G.B.). Indessen soll es auf Seiten der Kinder bereits als Mangel zureichenden eigenen Vermögens gelten, wenn und soweit die Früchte des letzteren zur Bestreitung ihres Unterhaltes nicht ausreichen (§. 1845 des B.G.B.). Umgekehrt erstreckt sich auch die Verpflichtung der Kinder ihren Aeltern gegenüber nicht mehr, wie bisher, nur auf Darreichung des nothdürftigen, sondern gleich der der letzteren auf Gewährung standesmässigen Unterhaltes (§§. 1846, 1847 des B.G.B.) und nur im Falle einer solchen Aufführung des Alimentationsberechtigten, welche dem Pflichtigen Grund zur Enterbung geben würde, darf hier wie dort der zu gewährende Alimentationsbetrag sich auf das nothdürftige Mass beschränken (§. 1854 des B.G.B.).

*) Bei sonstigen obligatorischen Ansprüchen ist ihre factische Realisirbarkeit nur praktisch wichtig und kommt erst in der Executionsinstanz in Frage; hier aber hängt von ihr das Vorhandensein der rechtlichen Verpflichtung ab.

Die Eigenschaft eines blossen Vorschusses oder Verlages, dessen Restitution der Pflichtige, im Falle der Berechtigte zu besserem Vermögen käme, von diesem verlangen könne, hat übrigens die Alimentenzahlung nicht (§. 1851 des B.G.B.), und selbst bei einem über das gewöhnliche Maass der gesetzlichen Verpflichtung hinausgehenden Aufwande ist der Vater dereinst von dem in seinen Händen befindlichen Kindesvermögen diesen Mehraufwand nur dann in Abzug zu bringen berechtigt, wenn er nachweislich zu dessen Bestreitung selbst Schulden machen musste, oder er sich der Einwilligung des Kindes oder dessen Vormundes versichert hatte (§. 1836 des B.G.B.).

2. Die von den Lehrern des gemeinen Rechtes vielfach festgehaltene Reihenfolge unter den alimentationspflichtigen Ascedenten, wonach nach dem Vater zunächst die väterlichen Grossältern und erst in deren Ermangelung die Mutter resp. deren Ascendenten pflichtig werden sollen, war schon nach unsrer zeitherigen Praxis nicht adoptirt (Bauer, Responsa Bd. I., no. LXIV. mortuo patre sui juris ejus liberis alimenta mater, eaque inope, avi ex utraque parte aequo jure debent), und ebenso hat auch jetzt dem Gesetzbuche gemäss nach dem zunächst verpflichteten Vater die Mutter einzutreten, und erst in deren Ermangelung kommen die väterlichen und mütterlichen Grossältern nach der Gradesnähe, und zwar die gleichnahen pro rata an die Reihe (§§. 1837—1839 des B.G.B.).

Ueber die Reihenfolge der alimentationspflichtigen Descendenten entscheidet die Reihenfolge ihrer Berufung zur gesetzlichen Erbfolge; wegen der Brautkinder und Adoptivkinder ist zu vergl. oben §§. 158 und 159. Dem Unvermögen eines in der Reihe vorangehenden steht dessen Tod gleich, da die hier in Frage befangene Alimentationspflicht in keinem Falle mehr (anders nach Römischem Rechte,

l. 5. §. 17, D. de agnosc. et alend. liberis XXV. 3) auf die Erben des Verpflichteten übergeht (§. 1853 des B.G.B.). *) Uebrigens haben die subsidiär Verpflichteten auch schon dann einzutreten, wenn der zunächst Verpflichtete nicht mit Erfolg innerhalb eines der vormaligen Deutschen Bundesstaaten belangt werden kann. Nur bleibt ihnen in diesem Falle der Regress an ihre Vorleute vorbehalten (§§. 1838—1840 des B.G.B.).

3. Die Vorschriften der 36. Decision von 1746, verb. mit Erläuterungsrescript vom 3. April 1750, sowie die Verordnung der Landesregierung, die aus dem Vermögen bemittelter Züchtlinge etc. zu leistenden Beiträge betreff., vom 30. April 1821, wodurch dem Vater rücksichtlich seines in Untersuchung befangenen, resp. in einer Landesstrafanstalt detinirten Kindes im Wesentlichen dieselben Verpflichtungen, wie dem Ehemanne rücksichtlich der Ehefrau im gleichen Falle auferlegt werden (zu vergl. oben §. 147, III a), beziehen sich nur auf die noch in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, können also weder gegen die Mutter noch gegen die entfernteren Ascendenten in Anwendung kommen, und in dem in der Landesregierungsverordnung gedachten Falle endigt selbst diese väterliche Alimentationspflicht ohne Rücksicht auf die Fortdauer der väterlichen Gewalt mit vollendetem einundzwanzigsten Altersjahre des Kindes.

III. Noch kommt die gesetzliche Verpflichtung des Vaters und eventuell der Mutter in Betracht: der sich verheirathenden Tochter ein angemessenes Heirathsgut (dos necessaria) zu gewähren. Durch dec. 29 von 1746 war die Dotationspflicht des Vaters im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte wesentlich dadurch eingeschränkt, dass die Tochter beziehentlich deren Ehemann nach der Ver-

*) Anders verhält es sich bei der Alimentationspflicht des Schwängerers gegenüber dem ausserehelich Erzeugten (§. 1873 des B.G.B. s. unten §. 164 no. 3.).

heirathung auf Gewährung einer solchen gesetzlichen Ausstattung mit Erfolg überhaupt nicht mehr klagen konnte, vielmehr eine Klage dann nur insoweit möglich blieb, als der Vater die Ausstattung noch besonders versprochen hatte. Zudem sprach die Decision zwar nur ausdrücklich von dem Vater, indessen nahm die Praxis eintretenden Falles keinen Anstand, sie auch auf die Mutter anzuwenden.

Das Gesetzbuch bringt in §. 1666 die Bestimmungen der Decision indirect dadurch in Wegfall, dass es sich dort dabei begnügt, die Klage auf Ausstattung einer einjährigen Verjährungsfrist von Eingehung der Ehe ab zu unterwerfen; andererseits beschränkt aber das Gesetzbuch die Verpflichtung der Aeltern in §§. 1661 ff. nur auf Gewährung einer zu Errichtung des Hausstandes nöthigen Ausstattung; die hier in Rede stehende Verpflichtung des Vaters wird übrigens abweichend vom zeitherigen Rechte auch auf die Brautkinder erstreckt, umgekehrt aber die Römischrechtliche Verpflichtung des väterlichen Grossvaters ganz in Wegfall gebracht.

§. 161. Von der väterlichen Gewalt.

I. Deren Inhalt.

Die Wirkungen unserer heutigen, aus einer Mischung des Altdeutschen Mundium und der Römischen patria potestas hervorgegangenen väterlichen Gewalt machen sich im Wesentlichen in folgenden zwei Hauptrichtungen geltend:

A. in der sogenannten natürlichen oder gesetzlichen Vormundschaft des Vaters über das Kind während dessen Minderjährigkeit;

B. in dem auch über die Minderjährigkeit des Kindes hinausgehenden Rechte des Vaters an dem Vermögen seines Hauskindes.

Zu A. Als natürlicher Vormund des minorennen Haus-

kindes vertritt der Vater das letztere für seine Person sowohl gerichtlich als aussergerichtlich in gleicher Weise wie der Altersvormund den vaterlosen Minorennen, jedoch ohne die bei dem Altersvormunde vorgeschriebene weitergehende Concurrenz der Vormundschaftsbehörde. Daher kann sich das minderjährige Hauskind in der Regel nur mit Einwilligung des Vaters durch Rechtsgeschäfte gültig verpflichten (Ausnahmen in Fällen der Dienstvermiethung, der Abschliessung von Gesindecontracten, bisher auch von Arbeitsverträgen u. s. f.*). Processe, soweit sie nicht Theile des Kindesvermögens betreffen, rücksichtlich deren dem Vater die Verwaltung entzogen ist (zu vergl. unten zu B., 2, 3), führt derselbe für das minderjährige Hauskind allein, schliesst Vergleiche für dasselbe ab und kann sogar, so lange das Kind nicht wenigstens die Jahre der Eidesmündigkeit erreicht hat, die diesem zuerkannten Eide für dasselbe schwören. Bei allen diesen Anlässen bedarf er der obervormundschaftlichen Autorisation nur insoweit, als eines der unter B. 4. zu erwähnenden Veräusserungsgeschäfte in Frage steht. — Ist der Vater an der Ausübung der mit der natürlichen Vormundschaft verbundenen Rechte und Pflichten bleibend verhindert, oder sonst dazu unfähig (z. B. Fälle der eigenen Minderjährigkeit des Vaters, Geisteskrankheit, Abwesenheit des Vaters u. s. f.), so ist dem Kinde in der Person eines Dritten ein Vormund zu bestellen (§. 1834 verb. mit §. 1803 a. E. des B.G.B.). Hierzu kann zwar solchenfalls die Mutter des Kindes oder ein Grossvater oder sonstiger entfernterer Ascendent desselben gewählt werden, indessen kommen allen diesen

*) Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 §§. 10 und 11. Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 enthält zu Folge ihrer §§. 105, 108 und 131 Anfang und Schlusssatz keine dem §. 64 des Königl. Sächs. Gewerbegesetzes vom 15. Oct. 1861 analoge Vorschrift.

Personen die vormundschaftlichen Befugnisse nicht kraft älterlichen Rechtes, sondern lediglich vermöge richterlicher Bestätigung zu. Sie sind daher, wie in anderen Fällen, der obervormundschaftlichen Controle voll unterworfen.

Zu B. In der hier fraglichen Richtung trug das schon mit dem väterlichen Mundialrechte verbunden gewesene ausgedehnte Nutzniessungsbefugniss am Kindesvermögen wesentlich dazu bei, die Aufnahme der Peculienlehre des Justinianeischen Rechtes im Wege der Gesetzgebung sowohl als des Gerichtsbrauches in unser Landesrecht zu vermitteln. Dies zeigt sich schon in const. 25. pte. III. und mehr noch in dem Anhange zur Erl. Processordnung §. 11, sowie in der Vormundschaftsordnung Cap. XXII. §. 5. Jedoch wird dort überall nur der verschiedenen Arten des Kindesvermögens, jenachdem dasselbe dem väterlichen Niessbrauche und Verwaltungsrechte unterliege oder nicht, gedacht. Die Römischrechtlichen Grundsätze über das peculium profectitium werden zwar auch von unseren Schriftstellern, z. B. noch von Curtius, Hdb. I, §. 167, als geltendes Recht vorgetragen, jedoch hatten dieselben schon zeither theils in Folge der Umgestaltung der Lehre von der Stellvertretung, theils mit der Aufgabe des Prinzipes der Ungültigkeit von Schenkungen seiten des Vaters an das Hauskind viel von ihrer praktischen Wichtigkeit verloren.

Das Gesetzbuch §. 1811 kennt überhaupt nur noch freies und unfreies Vermögen des Kindes, und bringt also nicht bloss das peculium profectitium sondern auch die Unterscheidungen zwischen peculium castrense und quasicastrense gänzlich in Wegfall. Es lässt sich sonach die heutige Lehre vom Kindergute auf folgende Sätze zurückführen:

1. Mit der väterlichen Gewalt ist regelmässig auf deren ganze Dauer das ipso jure eintretende Nutznies-

sungs- und Verwaltungsrecht des Vaters an dem gesammten Kindesvermögen verbunden.

Insbesondere unterliegt demselben auch der von dem Hauskinde durch selbständige Thätigkeit für sich gemachte Erwerb aller Art, und es ist ein Unterschied in Bezug auf die diesfallsigen Erwerbungen des Kindes künftig nicht weiter zu machen, wogegen das von dem Kinde durch gewöhnliche häusliche oder gewerbliche Hülfsleistungen Erworbene umgekehrt überhaupt nicht ihm, sondern dem Vater zufällt (§§. 1810, 1811 verb. mit §. 1806 des B.G.B.).

2. Gänzlich befreit von dem väterlichen Niessbrauchs- und Verwaltungsrechte ist

a. das Vermögen der an Kindesstatt Angenommenen (oben §. 159);

b. aber auch den leiblichen Kindern gegenüber cessirt dasselbe ausnahmsweise in folgenden Fällen:

α. in Folge eines von dem Vater erklärten Verzichtes, dessen Wirksamkeit natürlich hier (im Gegensatze zu dem oben in der Lehre vom Recepticiengute behufs Ausschliessung des ehemännlichen Ususfructus Bemerkten) etwas nicht im Wege steht;

β. bei allen Zuwendungen seiten dritter Personen, die dem Kinde unter der Bedingung der Ausschliessung des väterlichen Niessbrauches und Verwaltungsrechtes oder doch eines von beiden gemacht werden, wobei jedoch Ascendenten des Kindes den diesem gebührenden Pflichttheil dem väterlichen Niessbrauchs- und Verwaltungsrechte nicht entziehen dürfen (§§. 1811, 1812 des B.G.B.); vergl. oben §. 150 A. zu 2 a. E.;

γ. in Ansehung alles dessen, was dem Kinde im Wege des Erbganges an der Stelle des pater indignus oder in Folge vorausgegangener Enterbung des Letzteren anfällt. Der erste Fall war schon im Erbfolgemandate

§§. 103 und 107 berücksichtigt, der zweite ist erst durch das Gesetzbuch §. 1811 hinzugefügt worden.

3. Von der Pflicht zur Cautionsleistung wegen der seinem Niessbrauche und Verwaltungsrechte unterliegenden Vermögenstheile des Kindes ist auch bei uns der Vater in der Regel frei. Nur dann konnte er nach unserem zeitherigen Rechte (Mandat (I): die Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken etc. betreff., vom 4. Juni 1829, §§. 51 ff.) in den Fall kommen, Sicherheit leisten zu müssen:

a. wenn er übel wirthschaftete, oder auch nur wegen Verschlimmerung seiner Vermögensverhältnisse Gefahr des Verlustes entstand, oder

b. wenn die Kinder noch minderjährig waren, und der Vater von ihnen Vermögen unter seiner Administration hatte, ohne daran zugleich niessbrauchberechtigt zu sein (zu vergl. oben 2, b, β). Hier sollte er, wie jeder andere Vormund Sicherheit zu bestellen haben. Auf diese beiden Fälle (a. und b.) war daher auch der in §. 38 unter no. 3 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 den Kindern eingeräumte gesetzliche Rechtstitel zur Eintragung einer Cautionshypothek an den Immobilien des Vaters allein zu beziehen (zu vergl. oben im Pfandrechte §. 71 zu 2, a, β. Bd. I S. 266). Das Gesetzbuch §. 1816 beseitigt den Ausnahmefall unter b dadurch, dass es in allen Fällen, wo dem Vater nicht zugleich Niessbrauch und Verwaltung an dem betreffenden Theile des Kindesvermögens zustehet, die Bestellung eines Specialvormundes anordnet, auf welchen dann die bezügliche Vermögensverwaltung, jedoch unbeschadet des etwaigen usufructuarischen Rechtes des Vaters übergehet. Sonach bleibt für die Cautionspflicht des Vaters nur noch der Fall unter a. übrig, und auf diesen reducirt sich daher auch eintretenden Falles der in §. 391 des Gesetzbuches erwähnte gesetzliche Rechtsgrund zum

Hypothekeneintrage. Dabei hat, dafern die Kinder noch minderjährig sind, der Vormundschaftsrichter zu diesem Zwecke von Amtswegen vorzuschreiten, und wenn zulängliche Caution nicht zu erlangen sein sollte, gleichfalls einen Vormund zu bestellen, während die volljährigen Kinder bei Mangel ausreichender Sicherstellung Uebertragung ihres Vermögens zur Selbstverwaltung fordern können. Auch in diesen Fällen bleibt jedoch das usufructuarische Recht des Vaters natürlich unberührt.

4. Zur Veräusserung der seinem Niessbrauchs- resp. Verwaltungsrechte unterliegenden Sachen der Hauskinder ist der Vater der Regel nach nicht befugt. Ist das Kind volljährig, so bedarf er vielmehr hierzu schlechterdings seiner Einwilligung. Ist es noch minderjährig, so treten im Wesentlichen die Bestimmungen ein, welche von der Veräusserung des Mündelgutes durch den Altersvormund gelten, jedoch mit folgenden Modificationen: Zur Veräusserung von Immobilien bedarf zwar auch der Vater unbedingt des vormundschaftsrichterlichen Alienationsdecretes; nur soll ihm dasselbe selbst ausser dem Falle eigentlicher Noth, sobald nur der Nutzen des Kindes durch die Veräusserung gefördert wird, nicht verweigert werden. Auch sollte es behufs der Einholung dieses Decretes bereits vor dem Erlasse der Verordnung vom 3. August 1868 nicht erst der Berichtserstattung an das Appellationsgericht bedürfen (Allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XXII. §. 4. — §. 1818 des B.G.B. verb. mit Justizministerialverordnung, abgedruckt in der Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. XXIII. S. 220). Rücksichtlich der zu veräussernden Mobilien war nach der Vormundschaftsordnung Cap. XXII. dem Vater bisher überhaupt nur Anzeige von der Veräusserung an den Vormundschaftsrichter zur Pflicht gemacht und der Letztere angewiesen, nicht ohne sehr erhebliche Ursachen der projectirten Veräusserung entgegen zu treten. Dagegen giebt das

Gesetzbuch a. a. O. dem Vater rücksichtlich der Mobilien in der Regel ein völlig unbeschränktes Veräusserungsrecht, und nimmt hiervon nur gewisse werthvolle Sachen (öffentliche Creditpapiere, Pretiosen, Gesammtsachen) aus, welche es insoweit den Immobilien völlig gleichstellt.

§. 162. **Fortsetzung.**

Dem im vorigen Paragraphen zu A. und B. Gesagten zufolge kommt heutzutage dem volljährigen Hauskinde nicht bloss vollkommene Vermögensfähigkeit, sondern auch vollkommene Handlungsfähigkeit zu (insbesondere Verpflichtungsfähigkeit); nur dass die von ihm mit dritten Personen einzugehenden Rechtsgeschäfte auf die Dauer der väterlichen Gewalt in ihren Wirkungen insofern beschränkt sind, als dadurch den etwaigen Rechten des Vaters an ihrem Vermögen kein Eintrag geschehen darf (§. 1821 des B.G.B. a. E.). Es folgt hieraus:

1. Die sie betreffenden Processe führen die volljährigen Hauskinder in allen Fällen selbständig; nur dann hat der Vater zu concurriren, wenn und insoweit ein von ihm abhängiger Vermögenstheil des Kindes dabei in Frage steht. Ist er in einem Falle der letzteren Art bei dem Rechtsstreite nicht zugezogen worden, so erscheint das erlangte Processergebniss formell zu Recht beständig, aber auch hier seinem Rechte an dem Vermögen des Hauskindes unpräjudicirlich. Rücksichtlich unseres zeitherigen Rechtes und insbesondere der Auslegung der Erl. Processordnung ad Tit. IX. §. 1 sind zu vergl. die zum Theil abweichenden Ansichten Kori's in seinen und von Langenn's Erörterungen Th. I. no. XIV. S. 135 ff. und Gottschalk's in d. Zeitschrift f. Rechtspfl. Ä. F. I. S. 459 ff.

2. Die Fähigkeit der Hauskinder zur Testamentserrichtung ist, so bald sie nur die Jahre der Testamentsmündigkeit (das vierzehnte Lebensjahr) erreicht haben, durch die väterliche Gewalt nach §. 2066 des B.G.B.

nicht mehr beschränkt, selbst nicht in Ansehung des dem väterlichen Niessbrauche unterliegenden Vermögens.

3. Demzufolge kann auch die väterliche Gewalt an sich nicht mehr als Hinderniss der Rechtsbeständigkeit eines zwischen Vater und Hauskind selbst abzuschliessenden Rechtsgeschäftes gelten. Zwar hielten unsere älteren Sächsischen Juristen zum Theile noch an der angeblich dem Römischen Rechte eigenthümlichen Vorstellung der unitas personae zwischen Vater und Kind fest, kamen aber auf der anderen Seite dem unverkennbaren praktischen Bedürfnisse durch das nicht minder willkürliche Auskunftsmittel einer in dem Geschäftsabschlusse selbst zu findenden sogenannten emancipatio particularis tacita zu Hülfe. Erst dec. 14 von 1746 erkannte die Verkehrsfreiheit zwischen Vater und majorennem Hauskinde unbedingt an, und es schloss dieser Satz bei der Allgemeinheit seiner Aufstellung namentlich auch das Anerkenntniss der Gültigkeit einer Schenkung von der einen wie von der andern Seite in sich. In Fällen der Minderjährigkeit des Hauskindes wurde zwar wegen des Conflictes der vormundschaftlichen Stellung des Vaters mit seiner Eigenschaft als Mitcontrahenten zur Ermöglichung des Geschäftsabschlusses zwischen Vater und Kind die jedesmalige Zuordnung eines Specialvormundes für Letzteres nebst hinzutretender Decretsertheilung des Vormundschaftsgerichtes erfordert. Das Princip selbst hielt man aber auch hier aufrecht, und nur Schenkungen aus dem Vermögen des minorennen Hauskindes an den Vater blieben in Gemässheit der Specialvorschrift der älteren dec. 23 von 1661 nach wie vor unbedingt verboten. Nach dem Gesetzbuche §. 1827 verb. mit §. 1947 hat es auch ferner hierbei zu bewenden, jedoch mit der Modification, dass der Geschäftsabschluss zwischen Hausvater und Specialvormund zu seiner Gültigkeit nur da noch der besonderen Decretsertheilung bedürfen wird, wo solche von dem

gewöhnlichen Altersvormunde gleichfalls einzuholen gewesen wäre.

§. 163. II. Die Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

I. Mit der Verschmelzung der Deutschrechtlichen väterlichen Vormundschaft und der patria potestas des Römischen Rechtes waren zu der für jene allein maassgebende Begründungsart der ehelichen Geburt auch noch die übrigen des Römischen Rechtes hinzugetreten, also Legitimation in ihren beiden Unterarten, sowie Arrogation, resp. adoptio plena. Auch das Gesetzbuch hat es hierbei bewenden lassen; nur dass die Annahme an Kindesstatt für den Wahlvater den Erwerb der väterlichen Gewalt in Gemässheit der weiter unten (II. 2.) zu gedenkenden Grundsätze heutzutage dann nicht mehr zur Folge haben kann, wenn der an Kindesstatt Angenommene sich bereits in einem Verhältnisse befindet, welches, wenn es während des Bestehens der väterlichen Gewalt eingetreten wäre, ohnehin deren Beendigung herbeigeführt haben würde (§§. 1832, 1833 des B.G.B.); dass aber auch umgekehrt, von diesen Ausnahmefällen abgesehen, die Annahme an Kindesstatt dem Wahlvater künftig unterschiedslos schon ipso jure, und ohne dass der Annahmevertrag etwas darüber zu enthalten braucht, die patria potestas über den Anzunehmenden verschafft (zu vergleichen oben §. 159. — §§. 1808 und 1811 des B.G.B.).

Eine dem Grossvater über seinen Enkel, sei es bei Lebzeiten ihres selbst noch in patria potestate befindlichen Vaters, sei es nach dessen Tode zuständige väterliche Gewalt war nach der richtigeren Ansicht schon unserem bisherigen Rechte unbekannt (Curtius, Handbuch, §. 162, Anm. a.), und noch weniger kann sie nach den Bestimmungen des Gesetzbuches §. 1808 künftig noch vorkommen.

II. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Neben den selbstverständlichen Fällen des Todes des Vaters oder Kindes war

1. von den Römischrechtlichen Endigungsgründen die Emancipation auch bei uns praktisch gültig geblieben und zwar unter der Form der emancipatio Justinianea, obwohl auch von ihr nur selten und meist nur zu dem Zwecke Gebrauch gemacht wurde, um eine beabsichtigte Arrogation des Kindes seiten eines Nichtascendenten zu ermöglichen. Das Gesetzbuch lässt bei volljährigen Kindern die väterliche Gewalt nach §. 1831 schon durch die einseitige Erklärung des Emancipationswillens vor Gericht erlöschen, nur bei Minderjährigen bedarf es ausserdem noch der Einwilligung eines dem Kinde zu bestellenden Vormundes. Zwischen leiblichen und Adoptivkindern wird hierbei nicht unterschieden. Schon das Erbfolgemandat §§. 54 ff. schloss die Möglichkeit einer Emancipation des Adoptivkindes keineswegs aus, sondern bestimmte nur, dass selbige den Verlust des Erbrechtes für das Kind nicht mehr zur Folge haben solle, weshalb es auch in §. 59 die quarta divi Pii für aufgehoben erklärte. Das nämliche wird auch künftig angenommen werden müssen, und es ist hierbei nur der oben (§. 159 a. E.) hervorgehobene Unterschied zwischen Emancipation und Aufhebung der Annahme an Kindesstatt festzuhalten.

Weiter hat aber auch unser Particularrecht

2. mit dem Deutschen Rechte die beiden demselben eigenthümlichen Endigungsgründe gemein, nämlich:

a. die sogenannte separata oeconomia auf Seiten der Söhne und Töchter, und

b. die Verheirathung seiten der Töchter.

Zu a. Die hier einschlagende Const. 10 pte. II. ist das älteste Deutsche Landesgesetz in dieser Lehre, daher auch der Name emancipatio Saxonica. Weder die Worte

des Gesetzes noch der Gerichtsbrauch stehen (wie zu Haubold, Lehrbuch, §. 93, Anm. e. zu bemerken) der Anwendung der Constitution auch auf Töchter entgegen, obwohl bei ihnen der Natur der Sache nach die übrigen Bedingungen weit seltener als bei Söhnen eintreten werden. Ebensowenig hat sich unsere Praxis an das für den Sohn von einigen älteren Sächsischen Juristen hie und da allerdings aufgestellte Erforderniss eines festen Wohnsitzes gebunden. Die entscheidenden Requisite bildeten vielmehr zeither nur Volljährigkeit des Kindes, eigene dauernde Subsistenzmöglichkeit und hinzutretende factische öconomische Sonderung, bei welcher letzteren übrigens nicht einmal nothwendig und immer an ein äusseres Getrenntleben vom Vater zu denken ist.

Der Eintritt in den Militärdienst gilt nur bei Officieren als Beendigung der väterlichen Gewalt (Mandat wegen Publication einer neuen Ordonnanz vom 19. Juli 1828 §. 86), der Eintritt in ein gewöhnliches Gesindedienstverhältniss im Zweifel nicht (Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, §§. 9 ff.). Das Gesetzbuch lässt scheinbar die Voraussetzung der Volljährigkeit des Hauskindes fallen, indem es in §. 1832 auch bei Minderjährigen die Möglichkeit einer derartigen factischen Separation statuirt. Insofern es aber hierzu nicht bloss die Genehmigung des Vaters, sondern auch die eines dem Kinde hierzu zu bestellenden Vormundes erfordert, wird dieser Fall im Wesentlichen der oben unter 1. gedachten Emancipation eines Unmündigen gleichgestellt. Bei volljährigen Hauskindern dagegen hält das Gesetzbuch das Princip der Einseitigkeit der von dem Kinde ausgehenden Separation, sowie der Unabhängigkeit des damit verbundenen Emancipationseffectes von einer hinzutretenden Einwilligung des Vaters an sich fest, behält Letzterem jedoch wenigstens ein Widerspruchsrecht vor, dergestalt dass mit

dessen Ausübung die Cognition der richterlichen Behörde einzutreten haben soll.

Zu b. Rücksichtlich der Verheirathung der Haustöchter enthielt erst das Erläuterungsrescript vom 3. April 1750 ein ausdrückliches Anerkenntniss des Satzes, dass dieselbe das Erlöschen der väterlichen Gewalt herbeiführe, und zwar ist hier nicht einmal Volljährigkeit der Tochter erforderlich, vielmehr erhält die Letztere, falls sie noch minderjährig sein sollte, dann einen allgemeinen Altersvormund von Gerichtswegen bestellt (Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXIII. §. 10. — §. 1876 des B.G.B.), dessen Befugnisse mit den aus der ehemännlichen Pflegschaft herfliessenden in der in §§. 1928 ff. und §. 1646 des B.G.B. gedachten Weise concurriren. Von der Einwilligung des Vaters ist auch dieser Emancipationsmodus nur insoweit als abhängig zu denken, als zur Eingehung der Ehe regelmässig dessen Consensertheilung gehört. Auch nach Auflösung der Ehe fällt übrigens die Tochter nicht wieder unter die väterliche Gewalt zurück, selbst dann nicht, wenn sie dann noch minderjährig sein sollte; vielmehr dauert in letzterem Falle die Altersvormundschaft über sie fort (§. 1833 des B.G.B.).

§. 164. Verpflichtung zur Alimentirung unehelicher Kinder.

Die früher nur auf Gerichtsbrauch (zu vergl. Magdeburger Weichbildrecht) beruhende Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentirung eines ausser der Ehe erzeugten Kindes ist bereits in der Constitutionengesetzgebung: const. 27 pte. IV. und in dec. 28 von 1746 bei uns gesetzlich anerkannt und später durch ein eigenes Specialgesetz vom 12. November 1828, Mandat: einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betreff., genauer normirt worden. Darnach wurde der aussereheliche Vater, obschon nur bis zum erfüllten vierzehnten Altersjahre des Kindes, zu

einem jährlichen Beitrage zur Alimentation desselben für verpflichtet erklärt, welcher seiner Höhe nach je nach dem Verhältnisse des Vermögens des Schwängerers, resp. unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Standes der Mutter und des Bedürfnisses des Kindes von mindestens zwölf Thaler bis zu sechszig Thaler jährlich steigen konnte. Neben dieser blossen Beitragspflicht des Schwängerers bestand übrigens nicht allein die gesetzliche Alimentationspflicht der Mutter, und in deren Ermangelung der mütterlichen Grossältern in dem oben §. 160 besprochenen Umfange fort, sondern die Decision sowohl als das Mandat erklärten eventuell sogar auch die väterlichen Grossältern für beitragspflichtig, wenn auch erst in letzter Reihe, und wie man nach der Praxis annahm, höchstens nur nach dem gesetzlichen Minimalbetrage, so dass der Grossvater und die Grossmutter hierfür nur pro rata aufzukommen haben sollen (Dazu für das frühere Recht Wochenbl. 1858, S. 485 ff., 397 ff.).

Das Gesetzbuch hat diese subsidiäre Haftung der väterlichen Grossältern ganz beseitigt.

Im Uebrigen stellt das Gesetzbuch in der gegenwärtigen Lehre folgende Hauptgrundsätze auf:

1. Unter Beibehaltung des obengedachten Minimum von zwölf Thalern jährlich erweitert dasselbe die Maximalgrenze für den väterlichen Alimentenbeitrag bis auf das Doppelte des bisherigen Satzes, also jährlich 120 Thlr. als Maximum. Das innerhalb dieses Spielraumes von dem erkennenden Richter zu bestimmende Beitragsquantum ist in monatlichen Raten praenumerando zahlbar, und zwar dergestalt, dass, selbst wenn die Beitragspflicht im Laufe des betreffenden Monates erlöschen sollte, dennoch die bereits fällige Monatsrate voll zu zahlen ist, resp. das bereits Gezahlte selbst nicht antheilig zurückgefordert werden kann (§. 1863 des B.G.B.). Der klagende Theil hat, falls er ein Mehreres als das gesetzliche Minimum

in Anspruch nimmt, durch Darlegung der Vermögensverhältnisse des Vaters und des jetzt nach §. 1864 gleichmässig in Berücksichtigung zu ziehenden Standes der Mutter dem richterlichen Arbitrium die erforderlichen Unterlagen zu gewähren. Zum eigentlichen Klaggrunde sind jedoch die hierauf bezüglichen Klaganführungen nicht zu rechnen, und die richterliche Normirung des Beitragsquantums ist überhaupt nur gegenüber derjenigen Vermögenslage, in welcher sich der Schwängerer zur Zeit des verurtheilenden Erkenntnisses befand, eine endgültige, wogegen aus jeder einflussreichen Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schwängerers innerhalb der Alimentationsperiode dem Gläubiger sowohl als dem Schuldner eintretenden Falles das Recht erwächst, eine nachträgliche Erhöhung, resp. Herabsetzung des ursprünglich ausgeworfenen Betrages pro futuro zu beantragen (§§. 1862—1864 des B.G.B.).

2. Der dem Schwängerer obliegende Unterhaltungsbeitrag besteht an sich in einer Geldleistung.

Sobald jedoch das Kind das sechste Altersjahr erfüllt hat, kann dessen Ueberlassung zur Selbsterziehung an den Vater in Frage kommen. Indessen ist hierzu die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erforderlich,*) die bei der diesfallsigen Cognition nicht das Interesse des Vaters, sondern das höher stehende des Kindes im Auge zu behalten hat. Diese beifällige Entschliessung der Vormundschaftsbehörde muss deshalb auch von dem Schwängerer sofort beigebracht werden können, wenn sein Erbieten zur Selbsterziehung im Processe als Befreiungsgrund rücksichtlich der ihn an sich treffenden Zahlungspflicht wirken soll (Verordnung des Justiz-

*) Ein unzureichender Einwand gegen die erhobene Alimentenklage ist mithin das blosse, von der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht unterstützte Erbieten des Stuprators: die Erziehung des Kindes selbst zu übernehmen.

ministerium, abgedruckt in der Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. I, 511 ff., §. 1870 des B.G.B. verb. mit Gerichtsordnung §. 82).

3. Die Alimentationspflicht des Schwängerers galt schon nach unserem zeitherigen Rechte, ungeachtet der scheinbar entgegenstehenden Wortfassung der angez. dec. 28 von 1746 wie des obenerwähnten Mandates vom 12. November 1828, §. 6, als eine von dessen Erben zu vertretende Nachlassschuld, im Gegensatze also zu der des ehelichen Vaters, die unbedingt mit dem Tode endigt (vergl. oben §. 160, II, 2). Auch das Gesetzbuch im §. 1873 hat solches beibehalten, und nur die gewiss zweckmässige Vorschrift hinzugefügt, dass falls der Schwängerer eheliche Kinder hinterlassen sollte, der Alimentenanspruch des ausserehelichen Kindes gegen den Nachlass immer nur insoweit realisirbar sei, als das gesetzliche Erbtheil eines ehelichen Kindes betrage.

4. Zur Begründung der Alimentationspflicht reicht der Umstand, dass der Beklagte innerhalb der oben (§. 156 unter I) gedachten Zeitfrist mit der Mutter des Kindes sich fleischlich vermischt habe, nicht bloss hin, sondern es ist sogar gegen die hierauf wider ihn zu stützende Präsumtion der Vaterschaft ein Gegenbeweis künftig schlechthin ausgeschlossen (§. 1859 des B.G.B.). Die sogenannte exceptio congressus cum pluribus, d. h. die blosse Bezugnahme des Beklagten darauf, dass die Mutter des Kindes innerhalb der gesetzlichen Conceptionsfrist nicht bloss mit ihm, sondern auch noch mit andern Mannspersonen zu thun gehabt habe, war zwar schon nach zeitherigem Rechte (Mandat von 1828, §. 5) ausdrücklich für ungeeignet erklärt, um jene Paternitätsvermuthung zu beseitigen, wohl aber beachtete man bis zur Inkrafttretung des Gesetzbuches eine exceptivische Behauptung des Beklagten des Inhaltes, dass die Mutter des Kindes zu der Zeit, wo er mit ihr (resp. zum ersten

Male) concumbirt habe (selbstverständlich innerhalb der Conceptionsfrist), bereits von einem Andern schwanger gewesen sei (von Weber in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. I. S. 208 ff. und Bd. XV. S. 66.). Jetzt kann auch dieser Einwand nicht mehr mit Erfolg gebraucht werden, nur der in gewissem Sinne gleichfalls hierher gehörende Grundsatz findet sich auch in §. 1860 aufrecht erhalten, dass, wenn die Mutter des Kindes während der gesetzlichen Conceptionsfrist erweislich verheirathet gewesen, ein Dritter aus dem während bestehender Ehe mit ihr gepflogenen Beischlafe als ausserehelicher Vater des Kindes nur dann wirksam in Anspruch genommen werden kann, wenn zugleich dargethan wird, dass die Geschwängerte innerhalb jener Frist mit ihrem Ehemanne sich nicht vermischt habe. Das gleiche Princip hat übrigens in neuerer Zeit das Oberappellationsgericht mit Recht auch in dem Falle zur Anwendung gebracht, wo das Kind zwar in der Ehe, aber noch vor dem zur Begründung seiner Legitimität erforderlichen Zeitraume geboren worden und der verklagte Dritte sich nunmehr darauf beruft, dass während der Conceptionsfrist nicht bloss er, sondern auch der nachmalige Ehemann mit der Mutter des Kindes ausserehelich concumbirt habe (Annalen des O.A.G. N. F. Bd. III. S. 505).

Abgesehen von diesen Fällen, in welchen zu Gunsten des Kindes die oben §. 157 besprochene Legitimitätspräsumtion überwiegen soll, hat also der Umstand, dass die Mutter des Kindes sich innerhalb der gesetzlichen Frist erweislich mit Mehreren eingelassen hat, nur den Effect, dass zwischen den mehreren Constupratoren in Ansehung der ihnen gesetzlich obliegenden Beitragspflicht ein Gesammtschuldverhältniss hergestellt wird, und die Mutter des Kindes, resp. dessen Vormund somit die Wahl hat, welchen von den mehreren Verpflichteten sie in Anspruch nehmen und ob sie von dem Einen das

Ganze fordern, oder die Einzelnen nur antheilig belangen wolle. Das durch eine über seinen Antheil hinausgehende Zahlung des Einzelnen erwirkte Regressrecht an die übrigen Correi hatte für diesen Fall in §. 5 des Mandates vom 12. November 1828 noch besondere Anerkennung gefunden. Jetzt nach dem Gesetzbuche kann dasselbe in Gemässheit der bei den Gesammtschuldverhältnissen geltenden allgemeinen Grundsätze (§. 1036 des B.G.B.) und da der in §. 1495 gedachte Ausnahmefall (gemeinsame Delictsschuld) hier nicht vorliegt, nicht weiter in Betracht kommen (§. 1872 des B.G.B.).

5. Die Klage aus der ausserehelichen Schwängerung steht an sich dem Kinde selbst zu, in dessen Namen sie durch den Altersvormund angestellt wird. Schon nach der zeitherigen Praxis räumte man indessen auch der Mutter des Kindes, selbst wenn sie nicht zugleich als Vormünderin des letztern bestätigt war, kraft der ihr zur Seite stehenden Präsumtion, dass sie als die zunächst Verpflichtete den Aufwand für Ernährung des Kindes aus ihren Mitteln bestritten habe und noch ferner bestreiten werde, ein eigenes Klagrecht ein. Im Vergleiche zu dem des Vormundes war dasselbe sogar ein wirksameres, insofern der Vormund wegen des ihm entgegenstehenden Grundsatzes in praeteritum non vivitur in der Regel nur auf zukünftige Alimente, d. h. von der Zeit des Processbeginnes an laufende, klagen konnte, während man der Mutter vermöge jener Präsumtion auch eine Klage auf die bereits verfallenen Alimentationsbeiträge einräumt, ohne ihr die vorgängige genauere Specification ihres gehabten Aufwandes anzusinnen.

Bei etwaigen Collisionen beider Klagrechte (des der Mutter wie des Vormundes) kann durch die Klage der Mutter der des Vormundes nicht präjudicirt werden, und man erachtete daher auch schon zeither das in einem Rechtsstreite zwischen der Mutter und dem Schwän-

gerer erlangte Processergebniss für den Vormund nur insoweit als bindend, als er einem von dem Schwängerer in jenem Vorprocesse über das factum stupri etwa bereits geschworenen Eide gegenüber nicht in der nämlichen Richtung nochmals den Eid antragen konnte (Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. XV. S. 455 verb. mit Wochenbl. 1843, S. 57). Das Gesetzbuch, obwohl es in §. 1865 verb. mit §. 1868 das selbständige Klagrecht der Mutter rücksichtlich der alimenta praeterita gleichfalls beibehält, bestimmt doch zu Vermeidung der aus einer Duplicität von Processen wegen der zukünftigen Alimente sich möglicherweise ergebenden Unzuträglichkeiten, dass auch die Mutter, soweit ihre Klage auf zukünftige Alimente gehe, zu deren Erhebung ebenso wie zu einem von ihr mit dem Schwängerer diesfalls abzuschliessenden Vergleiche der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürfen solle, dass aber auch umgekehrt ein derartiger Vergleich sowohl als das sonstige auf diesem Wege erlangte Processresultat (von dem Falle einer Gefährde, resp. einer Versäumniss der Mutter abgesehen) den Vormund, m. a. W. das Kind, binde. Mit der nämlichen Beschränkung hat dann aber auch die Mutter das Ergebniss eines von dem Vormunde geführten Processes, zu welchem dieser nach §. 1916 gleichfalls in der Regel das obervormundschaftliche Decret bedarf, gegen sich gelten zu lassen (§§. 1866, 1867 des B.G.B.).

Da das Gesetzbuch eine gesetzliche Alimentationsverpflichtung des Stiefvaters gegenüber seinen Stiefkindern überhaupt nicht anerkennt, so liegt auch demjenigen Dritten, welcher die Mutter eines ausserehelichen Kindes nachmals heirathet, eine solche Verbindlichkeit in Ansehung des letzteren nicht ob. Gleichwohl statuirt das Gesetzbuch auch in diesem Falle zu Gunsten des Stiefvaters die factische Präsumtion, dass er während der Dauer der Ehe das ihm von seiner Ehefrau zugebrachte

aussereheliche Kind aus eigenen Mitteln alimentirt habe, (§. 1869), woraus von selbst folgt, dass, soweit alimenta praeterita bis zum Tage der Eheschliessung rückwärts in Frage stehen, er zu deren Einklagung gleichfalls ohne vorgängige Specification des gehabten Aufwandes berechtigt ist, andererseits aber auch sein Klagrecht das der Mutter auf diese Zeit ausschliesst.*) In Ansehung zukünftiger Alimente dagegen kann derselbe keineswegs, und zwar selbst nicht einmal mit Autorisation der Vormundschaftsbehörde, als klagberechtigt gelten. Insoweit ist vielmehr nur die Klage der Mutter oder des Vormundes in Gemässheit des oben unter 5. Bemerkten denkbar (Annalen des O.A.G. N. F. Bd. IV. S. 95. no 3. und Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. XXXI. S. 74 ff.).

7. Neben dem Alimentationsbeitrage selbst hat der Schwängerer, wie bisher so auch künftig noch die Geburts- und Taufkosten, und zwar so bald nicht ein höherer nothwendiger Aufwand nachgewiesen werden kann, im Mindestbetrage von sieben Thalern (nach älterer, freilich schon zur Zeit des Erscheinens des Gesetzbuches aufgegebener Praxis fünf Thaler), ingleichen, dafern das Kind vor erreichtem vierzehnten Altersjahre stirbt, die jedesmal besonderer richterlicher Feststellung bedürfenden Begräbnisskosten zu erstatten (§§. 1858, 1861, 1871 des B.G.B.).

3. Abschnitt. Vormundschaft im engeren Sinne.

§. 165. Begriff.

I. In dem Folgenden ist im Gegensatze zu der bereits behandelten ehemännlichen und väterlichen Vor-

*) Die Mutter wird hierdurch unvortheilhafter gestellt und verliert unter Umständen ihr Klagrecht gegen den ausserehelichen Vater, ohne einen gleichen Anspruch gegenüber ihrem nachmaligen

mundschaft nur von der durch obrigkeitliche Ernennung oder Bestellung auf Jemand übertragenen vormundschaftlichen Function die Rede. Ihrem Inhalte nach kann diese Function das Recht und die Pflicht sowohl zu der rechtlichen Vertretung, als zur Obsorge für die körperliche und geistige Pflege einer dessen bedürftigen Person, als auch endlich zur Vermögensverwaltung in sich begreifen. Am vollkommensten sind diese drei Hauptrichtungen in der heutigen Altersvormundschaft, sowie in der Vormundschaft über Geisteskranke vereinigt, während die übrigen Arten der Bevormundung, (nämlich die eines Abwesenden, eines gerichtlich hierfür erklärten Verschwenders, eines körperlich Gebrechlichen sowie einer noch ungeborenen Leibesfrucht) vorzugsweise nur die Seite der Vermögensadministration unter einer stärkeren oder schwächeren Beimischung der andern beiden Elemente oder doch eines von ihnen zum Gegenstande haben.

Von den reinen, wenn gleich ebenfalls auf obrigkeitlicher Bestellung beruhenden Vermögensadministrationen, wie der Gütervertretung im Concurse, oder der Vertretung einer ruhenden Erbschaft wird nur die letztere in §§ 2246 ff. von dem Gesetzbuche in sein Bereich gezogen. Eine terminologische Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Bevormundung (wie die des Römischen Rechtes zwischen Tutel und Curatel) ist dem Gesetzbuche, wie im Wesentlichen auch schon unserer Allgemeinen Vormundschaftsordnung vom 10. October 1782 fremd.

Die Letztere enthält eine systematische Zusammen-

Ehemanne dafür einzutauschen. Denn eine jener factischen Vermuthung correlate rechtliche Verpflichtung des Stiefvaters zur Alimentirung zugebrachter ausserehelicher Kinder, wie solche nach früherem Rechte von mehreren höheren Spruchbehörden angenommen zu werden pflegte (Wochenblatt für merkw. Rechtsf., Jahrgang 1858 S. 485), wird, wie oben S. 105 erwähnt, im Gesetzbuche nicht statuirt.

stellung der das gesammte Vormundschaftswesen betreffenden Bestimmungen. Abgesehen von den durch die Beseitigung der meisten privilegirten Gerichtsstände und die dadurch bedingte veränderte Behördenorganisation von Zeit zu Zeit nothwendig gewordenen Modificationen (C-Gesetz vom 28. Januar 1835 und Gesetz, die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege etc. betreff., vom 11. August 1855), hat dieselbe bisher keine wesentlichen Abänderungen erfahren, und auch in das Gesetzbuch beziehentlich die Gerichtsordnung ist dieselbe mit ziemlicher Vollständigkeit übergegangen. Uebrigens ist sie, soviel die die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte betreffenden Bestimmungen anlangt, nach §. 1 der Gerichtsordnung sogar jetzt noch zum Theile als unmittelbar anwendbares Gesetz zu betrachten.

II. Charakteristisch für die heutige Vormundschaft ist die grössere Ausbildung des Institutes der Obervormundschaft, die nicht bloss in der jetzt ausnahmslos von dem Richter ausgehenden Bestellung des Vormundes, sowie in einer andauernden, mehr und mehr verschärften Controle über die Amtsführung des Letztern, sondern auch namentlich darin hervortritt, dass jetzt eine grosse Zahl der von dem Vormunde für den Bevormundeten einzugehenden Rechtsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, und zwar sind diese Befugnisse unter eine Mehrheit ausschliesslich der Justizbranche angehöriger Behörden dergestalt vertheilt, dass zwischen ihnen eine instanzmässige Gliederung stattfindet.

A. Die erstinstanzlichen Vormundschaftsbehörden werden gebildet:

1. durch die königlichen, resp. Schönburgischen Gerichtsämter; über ihre Zuständigkeit im Einzelnen entscheidet:

a. in der Regel das forum domicilii (für welches

jedoch bisweilen da, wo ein festes Domicil nicht zu ermitteln ist, das forum des actuellen Aufenthaltes aushülfsweise in Betracht kommt); und zwar:

α. für die Bevormundung eines Minderjährigen dergestalt, dass bei ehelichen Kindern das letzte bisherige, resp. das noch gegenwärtige Domicil des Vaters, bei unehelichen das der Mutter, bei zu bevormundenden minderjährigen Ehefrauen endlich das Domicil des Ehemannes den Ausschlag giebt (Gerichtsordnung §§. 22, 24, 25);

β. für die übrigen Arten der Bevormundung dergestalt, dass bei der Bevormundung Abwesender an sich der Richter, unter dessen Jurisdiction derselbe vor seinem Verschwinden domicilirte, bei der cura ventris in der Regel das Domicil der Schwangern entscheidet (Gerichtsordnung §§. 28, 29). Auch für die Bevormundung der Militärgerichtsbefohlenen gilt (nach Gesetz vom 23. April 1862, die Militärgerichtsverfassung betreffend, §§. 51, 52 verb. mit Gerichtsordnung §. 22 a. E.) das gleiche Princip, d. h. hier ist sie in die Hände des Civilgerichts gelegt, dessen Competenz bei der Bevormundung Minderjähriger sich genau so regulirt, als wenn der zu Bevormundende den Militärpersonen nicht angehörte, während sie bei anderen Arten der Bevormundung hinsichtlich der Officiere sich nach dem Garnisonsorte, bei Unterofficieren und Soldaten nach dem Wohnorte des Vaters resp. nach dem Heimathsorte, und nur subsidiär nach dem Garnisonsorte richtet. Auch die Verordnung, den Gerichtsstand der Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen etc. betreff., vom 4. December 1867, lässt es in §. 3 hierbei ausdrücklich bewenden.

b. Ausnahmsweise treten gewisse specielle Gerichtsstände ein, nämlich

α. das forum rei sitae bei Abwesenden, deren persönlicher Gerichtsstand sich nicht ermitteln lässt. Hier ist dasjenige Gerichtsamt competent, in dessen Bezirke

sich das die Bevormundung nöthig machende Vermögen befindet (Gerichtsordnung §. 28 a. E.), ferner bei den im Auslande bereits Bevormundeten, wenn sie im Inlande mit liegenden Gütern angesessen sind (Gesetz: die Entscheidung einiger zweifelhafter Rechtsfragen betreff., vom 26. October 1834, no. I. verb. mit §. 1878 des B.G.B. u. §. 30 der Gerichtsordnung).

Ueber die früher hierher gehörigen Lehnsvormundschaften ist zu vergleichen Haubold, Lehrbuch, §§..126, 143.

β. Bei Findelkindern entscheidet das Gerichtsamt, in dessen Bezirk das Kind gefunden wurde (Gerichtsordnung §. 26).

γ. Ferner ist der Processrichter oder dasjenige inländische Gericht, vor welchem ein Rechtsgeschäft vollzogen werden soll, ausnahmsweise dann zur Bestellung eines Specialvormundes zuständig, wenn ein ausländischer Unmündiger eines solchen im Inlande zu einer Processführung oder zur Vornahme eines Actes der freiwilligen Gerichtsbarkeit bedarf (Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XX. §. 7. — §. 1879 des B.G.B. verb. mit §. 31 der Gerichtsordnung).

2. Wirklich privilegirte Gerichtsstände in Vormundschaftssachen kommen nur noch bei Mitgliedern des königlichen Hauses (Hausgesetz vom 30. December 1837, §. 74), sowie bei den bei dem Appellationsgerichte Zwickau unmittelbar zu bevormundenden Mitgliedern des Hauses Schönburg vor (C-Gesetz §. 6).

B. Die in Vormundschaftssachen über den Gerichtsämtern stehenden nächsthöheren Behörden sind die betreffenden Bezirksappellationsgerichte. Sie vereinigten bis zur Verordnung vom 3. August 1868 in sich die doppelte Function theils der allgemeinen Justizaufsichtsbehörde, sowie der höheren Instanz in Folge geführter Beschwerde oder sonstiger Rechtsmitteleinwendungen, theils aber auch die eines Gliedes des die Obervormundschaft bildenden

Gesammtorganismus. Vermöge der letzteren Eigenschaft fiel ihnen bis zum Erlasse der vorhin erwähnten Verordnung unmittelbar ein Theil der Leitung der einzelnen Vormundschaften, und zwar ohne dass es für ihr Thätigwerden im einzelnen Falle der Einlegung eines Rechtsmittels bedurfte, die directe Entschliessung in gewissen wichtigen Punkten der vormundschaftlichen Geschäftsführung an der Stelle der Gerichtsämter zu.*) Diese Competenztheilung hat sich durch die Verordnung vom 3. August 1868, §§. 3, 4, 5 und 7, vermöge einer entsprechenden Erweiterung der unterrichterlichen Cognition erledigt.

Zu Erleichterung der Aufsichtsführung bestand früher die Einrichtung betreffs der Einreichung von Jahrestabellen über die geführten Vormundschaftssachen seiten der Untergerichte an die Appellationsgerichte (sogenannte Vormundschaftstabellen). Seit der Verordnung vom 25. Februar 1860 ist diese Einrichtung jedoch beseitigt und nur die Verpflichtung der Gerichtsämter zur Haltung des sogenannten Vormundschaftsbuches und der laufenden Vormundschaftstabellen an deren Stelle getreten, ohne dass es einer jährlichen Einreichung derselben an die Oberbehörde noch bedürfte.

C. Endlich bildet das Justizministerium theils wieder die höchste oberaufsehende Behörde, sowie die lezte Instanz über Beschwerden und Recurse in Vormundschaftssachen, theils ist demselben in einzelnen Fällen ein Dispensationsrecht von bestehenden gesetzlichen Vorschriften vorbehalten.

Soweit übrigens das Gesetzbuch einfach vom Vormundschaftsgerichte, oder von der Obervormundschaft und

*) Eine Zusammenstellung der zeither dem Beschlusse der Appellationsgerichte vorbehaltenen Fälle in Vormundschaftssachen s. bei Siebenhaar: Commentar, 1. Aufl. Bd. III. S. 152 not. 1 und in der oben angezogenen Verordnung §. 7 Schlusssatz.

deren nöthig werdender Concurrenz spricht, war und ist hierunter nicht etwa ersterenfalls immer die erstinstanzliche Behörde, letzterenfalls eine der Oberbehörden gemeint, vielmehr richtet sich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit es im einzelnen Falle der Cognition des Appellationsgerichtes oder Justizministeriums bedürfe, beziehentlich inwieweit schon unterrichterliches Decret genügt, nach den sonstigen neben dem Gesetzbuche bestehenden Vorschriften der Gerichtsordnung, Allgemeinen Vormundschaftsordnung, der Verordnung vom 3. August 1868 etc.

1. Unterabtheilung: Altersvormundschaft.

§. 166. Begriff und Bestellung der Altersvormundschaft.

I. Ueber die Nothwendigkeit einer jetzt allgemeinen Bevormundung aller vaterlosen Personen bis zu und mit dem einundzwanzigsten Altersjahre, sowie über Verschmelzung der Römischrechtlichen Grundsätze über tutela impuberum und cura minorum in unserer heutigen Altersvormundschaft ist zu vergl. oben §. 18, I, 1. S. 59 des ersten Bandes. Dabei gilt an sich zwar auch in unserem Rechte der Grundsatz: „patrem habenti tutor non datur“ als Regel. Als wirkliche Ausnahme hiervon kann aber nur der oben §. 163, II. 2 b. erwähnte Fall rücksichtlich der sich verheirathenden minderjährigen Haustochter anerkannt werden, insofern es sich hier allerdings um Anlegung einer allgemeinen Vormundschaft auf die ganze noch übrige Dauer der Minderjährigkeit handelt. Die bei Haubold, Lehrbuch §. 118, gerade mit Weglassung dieses prägnanten Falles aufgezählten sonstigen Ausnahmen sind keine solchen, sondern im Grunde nur Fälle sogenannter Specialbevormundung mit sachlich oder zeitlich beschränkter Tendenz. Ueber die den Gerichtsämtern aufs Neue eingeschärfte alsbaldige und zwar gleichfalls von Amtswegen zu erfolgende Bestätigung von Altersvormündern für sämmtliche uneheliche Kinder ihres Be-

zirkes ist zu vergl. die im vorigen §. 165 erwähnte Ministerialverordnung von 25. Februar 1860.

II. Die Bestellung des Altersvormundes erfolgt heutzutage in allen Fällen durch den zuständigen Richter, der jedoch den Vormund nicht mehr eidlich, sondern nur mittelst Handschlags in Pflicht nimmt. Ueber die erfolgte Bestellung erhält der Vormund zu seiner Legitimation von dem Gerichte ein Zeugniss ausgestellt, den sogenannten Vormundschaftsschein (§. 1901 des B.G.B.)', nach älterer Terminologie der Allg. Vormundschaftsordnung Tutorium.

Dem richterlichen Ernennungsrechte sind an sich nur in der Aufstellung einiger weniger Erfordernisse für das Amt eines Vormundes gewisse nicht zu beseitigende Schranken gesetzt (§. 1885 des B.G.B).

a. Die absoluten Habilitätsbedingungen sind die gemeinrechtlichen, nämlich erreichtes fünfundzwanzigstes Altersjahr, eigene Dispositionsfähigkeit und in der Regel, d. h. abgesehen von der Mutter und der Grossmutter des Kindes, männliches Geschlecht. Die sonst noch von der Vormundschaftsordnung erwähnten Unfähigkeitsgründe (Haubold, Lehrbuch, §. 119, Note b. ff.), soweit sie überhaupt zu den absoluten Habilitätsbedingungen gehören, lässt das Gesetzbuch in dem allgemeinen richterlichen Arbitrium aufgehen. *)

b. Relative Unfähigkeit tritt ein bei Stiefvätern für ihre Stiefkinder, und bei Ehemännern für ihre Eheweiber. Ausserdem findet sich die in der Allg. Vormundschaftsordnung Cap. VIII. §. 3 enthaltene Vorschrift in §. 1887 des B.G.B. und zwar insofern in etwas erweiterter Gestalt wiederholt, als nicht bloss wie dort der Vater, sondern nunmehr beide Aeltern für be-

*) Hierher gehört namentlich der Fall der Wohnung im Auslande und des überschuldeten Vermögenszustandes; Religionsverschiedenheit aber nicht unbedingt: s. letztere unter den relativen Unfähigkeitsgründen zu b. a. E.

rechtigt erklärt werden, bestimmte Personen von der Führung der Vormundschaft über ihre Kinder auszuschliessen. Endlich ist zu Haubold a. a. O. Anmerk. b. noch zu bemerken, dass die Vormundschaftsordnung Cap. VIII. §. 1 Religionsverschiedenheit zwischen Vormund und Mündel keineswegs unbedingt als Unfähigkeitsgrund aufstellt, sondern nur für den Fall, wenn der zu Bevormundende der lutherischen Confession angehörte, Gleichheit der Confession bei dem Vormunde erforderte. Auch dieses Requisit hatte seit der Gleichstellung der christlichen Confessionen in Sachsen aufgehört, ein solches zu sein, und das Gesetzbuch macht in Bezug auf das religiöse Bekenntniss überhaupt keinen Unterschied mehr. Wegen der Juden insbesondere ist zu vergl. das im allgemeinen Theile §. 20, B. a. E. (Bd. I. S. 66) Gesagte.

§. 167. **Fortsetzung.** Delations- und Excusationsgründe.

Für die aus den hiernach wahlfähigen Personen zu treffende Auswahl ist als einzige, durchgreifende Norm nur die Rücksicht auf das Interesse des zu Bevormundenden noch anzuerkennen. Was insbesondere

A. die allerdings noch in gewissem Sinne praktischen sogenannten Delationsgründe anlangt, so verleihen sie zwar den betreffenden Personen auch heutzutage noch einen im Falle willkürlicher Nichtbeachtung im Beschwerdewege verfolgbaren Rechtsanspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung bei der Wahl. *)

Wie sie aber in keinem Falle mehr die richter-

---

*) Wie das Gesetzbuch im §. 148 überhaupt an einem Unterschiede zwischen den Begriffen der Rechte (und Verbindlichkeiten), der Klagen und der Ansprüche festhält (zu vergl. Band I. dieser Vorlesungen S. 120 f.), so reiht sich auch der vorliegende Fall den S. 121 des I. Bandes erwähnten Beispielen an, in welchen ein persönliches Recht ausnahmsweise (§. 144 des B.G.B.) des wirklichen Klagschutzes entbehrt.

liche Bestätigung verüberflüssigen, so hat sich auch dieser Rechtsanspruch des Berufenen jener höher stehenden Rücksicht auf das Wohl des Mündels eintretenden Falles unterzuordnen.

Unter den einzelnen Berufungsgründen wird noch in der Vormundschaftsordnung Cap. IV. §. 3 den Römischrechtlichen (letzter Wille und Gesetz) der Deutschrechtliche des Vertrages in der Weise sogar vorangestellt, dass die in Eheverträgen der Aeltern des Mündels vereinbarte Person von dem Richter vor allen Andern thunlichst zu berücksichtigen sei, „sonstige Vergleiche aber, durch welche Vormünder ernannt würden, nur im Falle ihrer vorgängigen richterlichen Bestätigung Anspruch auf Gültigkeit haben sollen“ (Haubold, §. 120, Note b).

Das Gesetzbuch dagegen hat

1. die vertragsmässige und testamentarische Vormundschaft völlig mit einander verschmolzen. Es soll nämlich auf die Form, unter welcher Aeltern sowohl, als dritte Personen den Unmündigen Vormünder zuordnen können, künftig überhaupt kein entscheidendes Gewicht mehr gelegt werden, und es gilt namentlich gleich, ob solches in Ehestiftungen, letzten Willen, in Vertragsform, oder auf andere Weise geschieht (§. 1866 des B.G.B.). Dagegen ist rücksichtlich der Wirkungen solcher Ernennungen zwischen den Personen, von denen sie ausgingen, auch künftig noch insofern ein Unterschied zu machen, als bei etwaigen Collisionen älterlicher Verfügungen der des Vaters vor der der Mutter der Vorzug gebührt, und als ferner die Anordnungen der Aeltern sich auf das gesammte Vermögen des Kindes, gleichviel woher dasselbe rührt, erstrecken können, während die „Wünsche“ dritter Personen nur in Ansehung desjenigen Vermögens, das von diesen selbst herstammt, auf Berücksichtigung Anspruch haben (§. 1886 a. E. verb. m. §. 1889 des B.G.B.).

2. Unter den zur gesetzlichen Vormundschaft Berufenen richtet sich das Rangverhältniss im Allgemeinen nach der Intestaterbfolgeordnung (§. 1890 des B.G.B.). Zunächst hat also die Mutter Anspruch auf Berücksichtigung, und selbst ihre etwaige Wiederverheirathung hat die Verwirkung ihres diesfallsigen Rechtes nicht mehr unbedingt zur Folge. Schon bisher konnte ihr nämlich die Fortführung der Vormundschaft in diesem Falle nach eingeholter Genehmigung des Appellationsgerichts verstattet werden (Allgem. Vormundschaftsordnung, Cap. VI. §. 11), und auch das Gesetzbuch statuirt in §. 1892 verb. mit §. 1977 die Möglichkeit ihrer demungeachtet zu verfügenden Bestellung, resp. Beibehaltung. Auf die Mutter folgten sodann nach der Vormundschaftsordnung zunächst die beiderseitigen Grossväter, dann die Grossmütter und endlich die übrigen Blutsverwandten. Das Gesetzbuch erkennt jedoch ein Vorzugsrecht der männlichen Ascendenten nicht weiter an, sondern giebt bei gleicher Gradesnähe Alles dem richterlichen Ermessen anheim.

B. In gleicher Weise, wie die etwa vorhandenen Berufungsgründe hat der Richter auch die dem einen oder andern an sich Wahlfähigen etwa zur Seite stehenden Ablehnungsgründe zu beachten, d. h. er darf sich zwar auch über sie nicht willkürlich, wohl aber dann hinwegsetzen, wenn andere geeignete Individuen zur Uebernahme der Vormundschaft nicht vorhanden sind (§. 1897 des B.G.B. a. E.). Zu der Geltendmachung derselben ist dem Betreffenden jetzt nur eine achttägige Frist (früher nach Befinden eine solche von vierzehn Tagen und länger) von der Aufforderung zur Uebernahme der Vormundschaft ab gegönnt (§. 1898 des B.G.B. verb. mit §. 41 der Gerichtsordnung). Die meisten der von dem Gesetze anerkannten Excusationsgründe schützten bisher nur gegen die Aufbürdung neuer Bevormundungen, so das sechzigste Altersjahr, ferner die dem Betreffenden bereits obliegende

Führung dreier gewöhnlicher oder einer bis zweier besonders wichtiger und arbeitsvoller Vormundschaften, ferner Kirchen- und Schuldienst u. s. f., sowie der Besitz von fünf eigenen unerzogenen Kindern. Nur wenige wurden für stark genug erklärt, um auch zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft zu berechtigen (Abwesenheit im Dienste des Landesherrn für die Dauer desselben, gewisse arbeitsvolle Aemter, — wirkliche Räthe, Amtleute, Bürgermeister: Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. IX. §. 1 —, Militärdienst.). Das Gesetzbuch geht im Vergleiche hiermit schon insofern weiter, als es die sämmtlichen in §. 1897 aufgestellten Excusationsgründe nicht bloss gegen die angesonnene Uebernahme neuer Vormundschaften wirken lässt, sondern soweit sie im Laufe der Vormundschaftsführung eintreten, in §. 1976 daran zugleich das Recht knüpft, die Entlassung zu verlangen. Ausserdem fügt dasselbe aber auch den bisherigen Ablehnungsgründen in §. 1897, 5. noch einen neuen zu Gunsten der Grossmutter des Minderjährigen hinzu, und erweitert den auf den Besitz von fünf eigenen Kindern zu stützenden Excusationsgrund dergestalt, dass dabei alle Abkömmlinge, deren Erziehung dem Betreffenden obliegt, unbedingt mitgezählt werden sollen, also auch die Enkel, Urenkel u. s. f., welche nach Vorschrift der Vormundschaftsordnung, soweit sie zu dem nämlichen Stamme gehören, zusammen immer nur für einen Kopf gerechnet werden sollen. Auf die Geltendmachung der gesetzlichen Befreiungsgründe kann übrigens bei der Mehrzahl gültigerweise verzichtet werden, und zwar sowohl vorher im Wege Vertrags mit dem Vater des Unmündigen, als auch sonst zu jeder Zeit. Nur da, wo ein öffentlich rechtliches Interesse zu Grunde liegt, gilt dies nicht. So verordnete namentlich schon die Ordonnanz vom 19. Juli 1828 §. 85 für Militärpersonen, dass diese, selbst wenn sie zur Uebernahme der Vormundschaft bereit

seien, immer noch zuvor die Genehmigung ihrer Vorgesetzten dazu beizubringen haben sollten. Verweigert dagegen der vom Richter zum Vormund Ausersehene ohne zulänglichen Grund die Uebernahme der Tutel, so kann ihn der Richter mittelst Auflegung von Geldstrafen bis zu funfzig Thalern oder Gefängnisszwang bis zu vierzehn Tagen dazu anhalten (§. 1881 des B.G.B.).

§. 168. Pflichten des Altersvormundes.

Von den oben in §. 165 angegebenen drei Hauptrichtungen, in denen der Altersvormund thätig zu werden hat, findet sich:

I. die auf die Erziehung des Mündels bezügliche nicht nur in der Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XII. speciell vorgezeichnet, sondern auch durch spätere Generalverordnungen, zuletzt durch die Verordnung vom 25. Februar 1860 wiederholt eingeschärft. Darnach hat der Vormund nicht bloss für die Ernährung, sondern auch für die standesgemässe Ausbildung seines Mündels Sorge zu tragen. Die Wahl eines entsprechenden Berufs stehet jedoch nicht dem Vormunde, sondern dem Vormundschaftsgerichte zu, welches freilich den Vormund hierbei zu hören, und den etwa vorhandenen letztwilligen Verfügungen des Vaters thunlichst nachzugehen, auch die eigenen berechtigten Wünsche des Mündels zu berücksichtigen hat (§. 1922 des B.G.B.). Die Mutter, selbst wenn sie zugleich Vormünderin sein sollte, hat im Mangel Bedenkens den nächsten Anspruch auf Ueberlassung der Erziehung. Die hierzu erforderlichen Mittel sind, soweit der Mündel nicht zulängliches Vermögen besitzt, von dem jedesmaligen Alimentationspflichtigen aufzubringen, und äussersten Falles die öffentliche Armenversorgung hierfür in Anspruch zu nehmen. Ueber die Ergebnisse des Erziehungswerkes und die Aufführung seines Tuenden hat der Vormund alljährlich mindestens einmal dem Vormundschaftsgerichte

mündlich oder schriftlich Bericht abzustatten (sogenannte Jahresanzeige).

II. Anlangend die rechtliche Vertretung der Unmündigen durch den Vormund, so erstreckt sich

a. das Bedürfniss zu selbiger jetzt im Gegensatze zu dem Römischen Rechte für alle verpflichtenden Rechtsgeschäfte gleichmässig auf die ganze Dauer der Bevormundung, und selbst der reine Rechtserwerb seiten des Mündels, soweit hierzu eine Willenshandlung seiten des Erwerbenden vorauszusetzen ist, bedarf nunmehr, nachdem die abweichende Bestimmung der Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §. 1 von dem Gesetzbuche in §. 787 beseitigt ist, bis zu erfülltem siebenten Altersjahre des Bevormundeten der Vermittelung des Vormundes (Allgemeiner Theil dieses Werkes, oben §. 29, Bd. I. S. 103).

b. Die Mitwirkung des Vormundes zu Rechtsgeschäften seines Pflegebefohlenen kann entweder darin bestehen, dass er in dessen Namen allein handelnd auftritt (§. 1910 des B.G.B.) und zwar gleichviel, ob der Letztere schon das Alter der eigenen, wenn auch beschränkten, Handlungsfähigkeit erreicht hat oder nicht. Er kann aber auch, soweit Ersteres der Fall ist, die Form des blossen Beitritts zu dem Geschäfte oder die der vorausgehenden oder nachfolgenden Einwilligung wählen, ohne hierbei an Beobachtung einer besonderen Formvorschrift gebunden zu sein. Nur in einzelnen Fällen bedarf es neben dem Thätigwerden des Vormundes auch noch der persönlichen Willenserklärung des Bevormundeten selbst: so beim Verlöbnisse (oben §. 136), ferner bei der Rescriptslegitimation und der Annahme an Kindesstatt vom erfüllten vierzehnten Altersjahre ab (oben §. 157 b.; §. 159, II. 1), und selbst abgesehen von diesen Fällen ist jetzt nach der Gerichtsordnung §§. 20, 60 der vormundschaftlichen Behörde im Allgemeinen zur Pflicht gemacht, Unmündige vom erfüllten achtzehnten Altersjahre an (ebenso

wie aus anderen Gründen Bevormundete, sobald bei ihnen eine gewisse Fähigkeit zur Beurtheilung ihrer eigenen Angelegenheiten vorausgesetzt werden darf) bei wichtigen und zweifelhaften Entschliessungen um ihre persönliche Meinung zu befragen, ohne freilich an dieselbe gebunden zu sein. Endlich kehren auch hier die schon mehrfach erwähnten Ausnahmen (zu vergl. oben §. 120, Bd. I. S. 444, 445) wieder, in denen der Minderjährige ohne jede Concurrenz seines Vormundes gültigerweise gewisse Dienstverträge eingehen kann.*) Soweit dagegen die Mitwirkung des Vormundes bei dem Geschäftsabschlusse erforderlich wird, zieht deren Mangel die Nichtigkeit des Geschäfts, wenn auch nur eine heilbare, im Sinne des §. 787 des Gesetzbuches (negotium claudicans) nach sich.

c. Während die Beurtheilung der civilrechtlichen Folgen einer von dem Unmündigen ausgegangenen unerlaubten Handlung an sich ganz nach allgemeinen Grundsätzen sich richtet (zu vergl. oben §. 34, Bd. I. S. 118 ff.), gilt Besonderes noch für den Fall, wo das unerlaubte Handeln darin bestand, dass sich der Unmündige bei Abschliessung eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten betrügerischer Weise für volljährig ausgab. Nach Vorschrift der Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §. 7 nämlich, welche der von den Wechselunmündigen handelnden Bestimmung des Mandates vom 21. April 1724 §. IV. nachgebildet ist, soll der Getäuschte nicht auf die Schädenklage, resp. auf Rückforderung des aus dem Geschäfte bereits Geleisteten beschränkt sein, sondern es soll, wenn er selbst vorzieht, das an sich nichtige Geschäft als gültig zu behandeln, gegen den Unmündigen auch die Klage aus dem betreffenden Contracte gegeben werden; jedoch wird dort dazu vorausgesetzt, dass der Getäuschte die betrügerische Induction wenigstens bis zu

*) Zu vergleichen ist hierzu oben §. 161 in der Anmerkung.

einem Erfüllungseide darzuthun und eidlich zu bestärken vermöge, dass er seinen Mitcontrahenten wirklich für volljährig gehalten habe. Ein neueres Mandat vom 31. December 1827, „die Zulässigkeit des Executivprocesses aus Wechseln oder Schuldverschreibungen, deren Aussteller sich wider die Wahrheit für wechselmündig oder majorenn ausgegeben, betreff.", handelte speciell von dem Falle, wenn der Unmündige in einer von ihm ausgestellten Schuldverschreibung sich ausdrücklich als volljährig prädicirt habe; hier soll zwar der Gläubiger nicht den Executivprocess aus dem Documente anstellen dürfen, aber es soll ihm, wenn er den obigen Beweis führt, im Ordinarprocesse zu der verschriebenen Forderung verholfen werden. Das Gesetzbuch §. 1912 beschränkt sich darauf, die Bestimmungen der Vormundschaftsordnung, soweit sie materielles Recht enthalten, zu wiederholen, indem es die sonst einschlagenden Processfragen dem Processgerichte überlässt. Eine übereinstimmende Vorschrift findet sich übrigens auch rücksichtlich der minderjährigen Hauskinder in §. 1823 des B.G.B.

d. In den für den Mündel zu führenden Processen handelt der Vormund an sich allein, nur nach eingetretener Eidesmündigkeit des Ersteren ist natürlich bei der Eidesleistung im Processe eine Vertretung ausgeschlossen. Zu seiner Legitimation bedurfte der Vormund nach zeitherigem Rechte neben dem von ihm beizubringenden Tutorium nicht noch einer speciellen Ermächtigung des Vormundschaftsgerichtes zur Processführung. Nur die Gültigkeit eines von ihm im Processe abzuschliessenden Vergleichs war von der richterlichen Decretsertheilung abhängig (Erläuterte Processordnung ad tit. IX. §§. 3, 4. — Allg. Vormundschaftsordnung, Cap. XIV. §§. 1, 3.). Das Gesetzbuch dagegen bindet den Vormund in allen Rechtsstreitigkeiten, deren Object den Betrag von 100 Thlr. erreicht oder übersteigt, und

bei Vergleichsabschlüssen, wie bisher schon auch ohne diese Werthsgrenze an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§§. 1916, 1917 des B.G.B.).

c. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Benachtheiligungen des Mündels durch seine eigenen Handlungen, resp. Unterlassungen oder durch solche seiner Vertreter ist dem Gesetzbuche, wie überhaupt, so auch in dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes völlig fremd, wodurch jedoch das beneficium restitutionis in integrum ex persona im Processe selbstverständlich nicht berührt wird.

§. 169. **Fortsetzung.** III. Vermögensverwaltung.

Rücksichtlich der Administrationsthätigkeit des Vormundes, soweit der Unmündige bei Beginn der Vormundschaft Vermögen bereits besitzt oder im Laufe derselben erwirbt, kommt Folgendes in Betracht:

1. Zunächst hat der Vormund für genaue Feststellung des Vermögensbestandes seines Pflegebefohlenen Sorge zu tragen, also besonders, wenn der Letztere bei einer noch ungetheilten Verlassenschaft concurrirt, auf alsbaldige Ermittelung und Realisirung seines Erbtheils hinzuwirken. Selbst ein von dem Erblasser verfügtes Verbot der Inventarisirung des Nachlasses (soweit dasselbe nicht etwa nach §. 2588 des B.G.B. von vornherein nichtig ist) kann nur dahin führen, dass das aufzunehmende Verzeichniss bei Gericht versiegelt eingereicht und von diesem lediglich im Falle dringender Noth unter möglichster Geheimhaltung seines Inhaltes eröffnet werde (§§. 1906 bis 1908 des B.G.B. verb. mit Allg. Vormundschaftsordnung Cap. V. §. 6). Concurrirt bei der Ermittelung eines dem Unmündigen gebührenden Erbantheiles aus einem Nachlasse die zur Vormundschaft an sich berufene Mutter selbst als Miterbin, so cessirt bis zur Ausmachung des Erbtheiles deren Recht auf Bestätigung als Altersvormünderin ihres Kindes; vielmehr

ist bis dahin ein sogenannter Theilungsvormund (Zwischenvormund) zu bestellen. Das Gleiche gilt übrigens auch von anderen Verwandten des Mündels (§. 1891 verb. mit 1900 des B.G.B.).

2. Für die Art seiner Verwaltungsthätigkeit ist als leitender Gesichtspunkt festzuhalten, dass er im Zweifel eher auf Erhaltung als auf Vermehrung des Vermögens seines Pflegebefohlenen zu sehen habe, dafern die letztere nur auf Kosten der Sicherheit zu erreichen sein sollte. Hierher gehört namentlich das ihm vorgeschriebene Gebahren mit Mündelgeldern, insofern er zwar für nutzbare Anlegung der vorhandenen oder eingehenden Baarbestände thunlichst zu sorgen, andererseits aber auch nur ausreichend sichere Gelegenheit zu zinsbarer Ausleihung zu benützen hat. Gegen blosse Schuldverschreibung oder Wechsel Geld auszuleihen, ist ihm nur mit specieller Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gestattet. Neben der Austhuung auf Hypothek erlaubte schon die Vormundschaftsordnung Cap. XV. §§. 7 ff. den Ankauf landschaftlicher Obligationen (damals noch die einzigen Sächsischen zinsbaren Creditpapiere : s. Bd. I. S. 236), und das Rescript „die Gebahrung mit Mündelgeldern betreff.“, vom 24. Februar 1792 auch noch die Anlegung der Gelder in anderen inländischen Staatspapieren, was später auch auf einige städtische Anlehen ausgedehnt worden ist (Haubold, Lehrbuch, §. 137, e.). Die wesentlich andere Gestaltung des modernen Geldverkehrs hat jedoch in neuerer Zeit die theilweise Aufgabe dieser Grundsätze bedingt, und eine Verordnung des Justizministeriums (abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege Ä. F. Bd. I. S. 63) lässt unter Umständen auch die Beibehaltung oder den Ankauf guter ausländischer Effecten nach, während die Verordnung, das Einlegen von Mündelgeldern in die Sparcassen betreff., vom 27. Juni 1835, selbst die Einlegung kleiner Beträge bis zu 100 Thalern in die staatlich

genehmigten städtischen Sparcassen gestattet. Das Gesetzbuch §§. 1934 ff. verb. mit §. 57 der Gerichtsordnung lässt die Einlegung von Geldern in staatlich genehmigte Sparcassen sogar über diesen Betrag hinaus nach, und indem es im Uebrigen die vorerwähnten Grundsätze beibehält, normirt es nur im §. 1935 den Begriff der sogenannten pupillarischen Sicherheit näher. Auf den Vormund, welcher die zinsbare Anlegung der Mündelgelder schuldvoller Weise unterlässt, wandte man zeither die Vorschrift des gemeinen Rechtes, l. 7, §§. 3 und 11 D. de administratione et periculo tutorum etc. XXVI., 7 an, während die Vermundschaftsordnung Cap. XV., §. 8, ihm das Ausleihen des Geldes auf eigenen Namen oder dessen Verwendung in eigenen Nutzen bei Strafe des doppelten Capitalersatzes verbot. Das Gesetzbuch in §§. 1936, 1937 verschmilzt diesen Fall und den des zinslosen Liegenlassens der Gelder dergestalt miteinander, dass es dem Vormunde, welcher das zweckmässig nicht unterzubringen gewesene Geld nicht binnen zwei Monaten an das Gerichtsdepositum abliefert oder wohl gar in eigenen Nutzen verwendet, vom Ablaufe zweier Monate, beziehentlich von der Verwendung an, zu Entrichtung 6procentiger Zinsen gesetzlich für verpflichtet erklärt.

Zu anderen wichtigen Administrationshandlungen ist der Vormund der Regel nach nur mit richterlicher Genehmigung legitimirt. Ueber das ältere Recht ist zu vergl. Haubold, Lehrb., §§. 135—137. Das Gesetzbuch rechnet hierher in §§. 1931 ff. z. B. vorzunehmende Meliorationsbauten (im Gegensatze zu blossen Reparaturbauten), ferner Verpachtung ganzer Grundstücke, sowie deren Vermiethung, wobei betreffs der Länge der Zeit, auf welche ein derartiger Pacht- oder Miethvertrag eingegangen werden darf, auf die Vorschrift in § 1915 des B.G.B. zurückzuverweisen ist; ferner die Quittirung über ein eingehendes Capital, dafern dasselbe den Betrag von

100 Thalern übersteigt (§. 1938 des B.G.B.verb. mit Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XV. §. 12); endlich ist auch dem Vormunde die Aufnahme von Darlehnen ohne richterliche Genehmigung nach §. 1939 des B.G.B. conform mit der Vormundschaftsordnung Cap. XV. §. 5 verboten.

3. Die den Altersvormund (welcher übrigens nur für diligentia in concreto haftet) treffende Cautionspflicht ist an sich eine allgemeine (§. 1902 des B.G.B.). Nur die Mutter und derjenige Vormund, rücksichtlich dessen der Vater in seinem letzten Willen solches verordnet hatte, sollen, wie nach zeitherigem Rechte damit verschont bleiben, obwohl auch bei ihnen nach dem Ermessen des Richters bei eintretenden Bedenken die Möglichkeit einer Heranziehung zur Cautionsleistung offen bleibt (Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. X. §. 6. — §. 1905 des B.G.B.). Die Höhe der zu erfordernden Caution soll, soweit der Vormund nicht ausnahmsweise werthvolle Mobilien in Verwahrung hat (zu vergl. §. 1904 des B.G.B.) nach dem Jahresbetrage der durch seine Hand gehenden Vermögensnutzungen bemessen werden, abzüglich jedoch auch hier wieder des davon zu bestreitenden laufenden Erziehungsaufwandes (§§. 1902 bis 1905 des B.G.B., Mandat I. vom 4. Juni 1829, §§. 41 bis 50). Die Cautionsmittel sind die bei der Realcaution im Allgemeinen vorkommenden, also Faustpfand, Hypothek, pignus nominis. tüchtige Bürgen (§§. 136 bis 138 des B.G.B.). Rücksichtlich des den Unmündigen hier zur Seite stehenden gesetzlichen Rechtsgrundes auf Eintrag einer Cautionshypothek an den Immobilien des Vormundes (zu vergl. oben Bd. I. S. 266, §. 71 unter 2, a, β) besteht zwischen dem jetzigen und dem zeitherigen Rechte nur insofern ein Unterschied, als der Vormund bisher den Hypothekeneintrag durch Bestellung anderweiter ausreichender Sicherheit abwenden, resp. rückgängig machen konnte, während es jetzt dem Ermessen der Vormundschaftsbehörde anheimgestellt bleibt,

ob sie der hypothekarischen Sicherstellung den Vorzug geben wolle (§. 392 des B.G.B. verb. mit §. 48 der Gerichtsordnung).

4. Ueber seine Vermögensverwaltung hat der Vormund alljährlich dem Vormundschaftsgerichte Rechnung abzulegen. Selbst die Mutter ist hiervon nicht frei, und ein von dem Vater bei der Vormundschaftsernennung diesfalls ausgesprochener Erlass der Verbindlichkeit erlangte zeither nur erst durch hinzutretende Genehmigung des Appellationsgerichtes Gültigkeit. Das Gesetzbuch (§. 1951) erklärt dagegen eine derartige älterliche Verfügung für schlechthin wirkungslos. Nur da erledigt sich die Verpflichtung zur Rechnungslegung, wenn die gesammten Früchte des Vermögens dem Vormunde zur Bestreitung des Erziehungsaufwandes seiten des Vormundschaftsgerichtes überwiesen sind. Im Uebrigen muss die Rechnung den Vorschriften der §§. 1394 ff. des B.G.B. entsprechen. Wegen des hier einschlagenden sonstigen Reglementären sind zu vergleichen §§. 61—72 der Gerichtsordnung.

§. 170. Von der Veräusserung der Mündelgüter.

Hierüber gilt

I. als oberster Grundsatz, dass Schenkungen aus dem Mündelvermögen dem Vormunde mit Ausnahme der gewöhnlichen Gelegenheitsgeschenke schlechthin verboten sind (§. 1947 des B.G.B.).

II. Hinsichtlich der entgeltlichen Veräusserungen hat man zu unterscheiden zwischen Veräusserungen

A. beweglicher Sachen,

B. unbeweglicher Sachen,

C. von Forderungen.

Zu A. fragt es sich wieder:

1. ob die Mobilien zu der Classe derer gehören, welche bei längerer Aufbewahrung an Werth

verlieren. Bei dergleichen Sachen wird der Vormund von der Allgemeinen Vormundschaftsordnung Cap. XVI §. 1 sowohl als auch von dem Gesetzbuche §. 1940 zu alsbaldiger Veräusserung sogar für verpflichtet erklärt.

2. Bei Mobilien anderer Art machte die Allg. Vormundschaftsordnung a. a. O. §. 2 dem Vormunde immer erst die Einholung vorheriger Genehmigung des Richters zur Pflicht, während das Gesetzbuch im §. 1941 umgekehrt ihm die selbständige Veräusserung hier der Regel nach gestattet, und nur ausnahmsweise bei besonders werthvollen Objecten, wie nach §. 1818 des B.G.B. (oben §. 161 zu B. 4) bei der Veräusserung der Mobilien seiner minderjährigen Hauskinder durch den Hausvater (Pretiosen, Inhaberpapiere, Gesammtsachen) die richterliche Zustimmung verlangt. Unter Veräusserung wird man übrigens ungeachtet der aus der Fassung des §. 1942*) scheinbar zu entlehnenden Gegengründe in Gemässheit der allgemeinen Begriffsbestimmung in §. 219 des B.G.B. die Verpfändung mit zu verstehen haben.

Zu B. zu den Immobilien in dem hier fraglichen Sinne gehören ausser den Grundstücken auch die oben im Sachenrechte (§. 59 unter VI. Bd. I. S. 218) gedachten Rechte und ebenso stehet die Bestellung oder Anerkennung von Rechten zu Gunsten Dritter an Immobilien des Mündels, sowie die Aufgabe von Rechten des Mündels an fremden unbeweglichen Sachen unter den hier vorgetragenen Grundsätzen. Dieses vorausgesetzt, hebt das Gesetzbuch

1. zunächst schärfer, als solches durch die Allg. Vormundschaftsordnung geschah, die Unterscheidung zwischen juristisch und factisch nothwendiger Veräusserung

---

*) Dieser Paragraph erwähnt bei den Immobilien zwar noch ausdrucklich im scheinbaren Gegensatze zu dem vorausgehenden §. 1941 den Act der Verpfändung neben denen sonstiger Veräusserung. Doch ist dieses Hervorheben nur eine redactionelle Zufälligkeit und die Verpfändung ein bei Immobilien wegen ihres häufigen Vorkommens naheliegendes Beispiel der partiellen Veräusserung.

hervor, indem es bei Fällen der ersteren Art in §. 1945 die richterliche Einwilligung überhaupt für entbehrlich erklärt. Hierher gehören nicht bloss die Fälle der Zwangsversteigerung, sondern auch die Fälle, wenn der Mündel rücksichtlich eines Immobile mit einem Nichtbevormundeten sich in communione befindet, und Letzterer auf Theilung provocirt.

2. In allen anderen Fällen bedarf es dagegen zur Gültigkeit der Veräusserung des richterlichen Decretes, und hier konnte es sich bis zu der Verordnung vom 3. August 1868 §. 3 nur noch darum handeln, ob und in wieweit im einzelnen Falle die Genehmigung des Unterrichters ausreichte, oder die Einwilligung der competenten Oberbehörde einzuholen war. Diese Frage zieht jedoch weder das Gesetzbuch, noch die Gerichtsordnung ausdrücklich in ihr Bereich, und somit bewendete es daher gemäss §. 1 der Gerichtsordnung insoweit lediglich bei den zeitherigen Grundsätzen, bis durch die angezogene Verordnung vom 3. August 1868 a. a. O. die Cognition über Veräusserung unbeweglicher etc. Mündelgüter überhaupt in die Hände des Unterrichters gelegt wurde. Ueber das ältere Recht vor dem Gesetzbuche sind zu vergleichen die Verordnungen des Justizministeriums, abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. VI. S. 283 ff., Bd. XXIII. S. 218 ff. und für das spätere Recht bis zum Erlasse der Verordnung vom 3. August 1868 Verordnung des Justizministeriums abgedruckt in derselben Zeitschrift Bd. XXVI. S. 539 ff.

Darnach war vor der Verordnung vom 3. August 1868

a. bei blossen freiwilligen Verpfändungen von Immobilien seiten des Vormunds die unterrichterliche Decretsertheilung in allen Fällen erforderlich, aber auch genügend.

b. Bei Veräusserungen anderer Art, also namentlich

Kauf, Tausch u. s. f. ist nach der Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XVI. §§. 3, 15 wieder zu unterscheiden:

α. unterrichterliche Genehmigung reichte auch hier ausnahmsweise aus, wenn das Grundstück zu den wenig rentabeln gehörte (z. B. baufällige Häuser, Gärten, Weinberge), oder wegen des besonderen Motives der Veräusserung, d. h. wenn zwar kein Fall der juristisch nothwendigen, aber ein solcher der factisch nothwendigen Veräusserung vorlag, z. B. wenn dringende Schulden des Mündels zu berichtigen waren, oder wenn der erforderliche Erziehungsaufwand aus dessen sonstigem Vermögen nicht aufgebracht werden konnte, oder wenn der Unmündige das Grundstück gemeinschaftlich mit Majorennen besass, der Vormund aber die ihm lästige Communio aufgehoben wissen wollte;

β. der oberrichterlichen Genehmigung bedurfte es wenn nur aus besonderen Nützlichkeitsgründen ohne dringende Noth zur Veräusserung geschritten werden werden sollte, wohin namentlich auch der Fall einer Communio dann gehörte, wenn sämmtliche Condomini unmündig waren, und der Vormund des Einen oder Alle auf Theilung provocirten.

Zu C. Endlich erheischt die freiwillige Abtretung von Forderungen aller Art (zu vergl. oben §. 109, I. Bd. I., S. 395 ff.) zu ihrer Gültigkeit vor wie nach unterrichterliches Decret, selbst wenn der mittelbare Gegenstand der Forderung zu denen gehört, die der Vormund gemäss dem oben zu A. Bemerkten ohne Genehmigung des Richters hätte veräussern können (§. 1946 des B.G.B.).

Ist die abzutretende Klage eine dingliche, und bezieht sich dieselbe auf ein Immobile oder ein ihr gleichstehendes Object, so war vor dem 3. August 1868 die Frage, inwieweit unterrichterliches Decret ausreiche, mit Rücksicht auf §. 967 des B.G.B. nach den obigen Grundsätzen unter B. zu beantworten.

III. Nach der Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XVI. §. 6 bestand für den Vormund und die Seinigen, sowie für den Vormundschaftsrichter selbst noch das singuläre Verbot, dass sie Güter der Pflegebefohlenen weder unmittelbar von diesen, noch mittelbar aus der Hand des ersten Acquirenten (und zwar in diesem letzteren Falle sogar noch während der nächsten fünf Jahre nach beendeter Vormundschaft) nicht an sich bringen durften, obwohl das Justizministerium im einzelnen Falle auf erstatteten Bericht hiervon dispensiren konnte. Es bezog sich diese Bestimmung namentlich auch auf den Fall der nothwendigen Subhastation des Mündelgrundstückes, bei der sich deshalb keine der genannten Personen als Bieter betheiligen durfte.

In letzterer Hinsicht war die Vorschrift als eine processuale auch künftig noch als praktisch gültig zu betrachten, dagegen kannte das Gesetzbuch selbst das fragliche Verbot überhaupt nicht mehr, und nur aus dem Gesichtspunkte des Oberaufsichtsrechtes hat sich das Justizministerium die ihm zeither in solchen Fällen zukommende Entschliessung auch für die Zukunft noch gewahrt (Verordnung des Justizministeriums abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege, Bd. XXVII. S. 352 ff.). Nach den Schlussworten des §. 3 der Verordnung vom 3. August 1868 endlich ist auch jenes processuale Verbot theilweise in Wegfall gebracht und gesetzlich gestattet worden, dass der Vormund (nicht auch der Vormundschaftsrichter) die nothwendiger Weise zur Versteigerung gelangenden Sachen des Bevormundeten an sich bringen könne, und zwar auch hier wieder mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes e r s t e r Instanz.

IV. Eine ohne Beobachtung dieser Vorschriften erfolgte Veräusserung von Objecten aus dem Vermögen des Mündels ist nichtig. Die Vormundschaftsordnung Cap. XVI. §. 11 gestattete die Geltendmachung dieser

Nichtigkeit bei Immobilien dem früheren Pflegebefohlenen sogar noch während einer Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen von erreichter Volljährigkeit ab, während das Gesetzbuch in allen Fällen einer ungültigen Veräusserung nur eine dreijährige, von demselben Zeitpunkte ab zu berechnende Verjährungsfrist für die Klage des früheren Mündels zur Geltendmachung der Nichtigkeit des Veräusserungsgeschäftes festsetzt (§. 1948 des B.G.B.). Selbstverständlich aber kann in Gemässheit unseres Grundbuchssystemes die Vindicationsklage auch schon vor Ablauf dieser Frist in concreto dadurch abgeschnitten seien, dass das Immobile bereits durch Weiterveräusserung in die Hand eines gutgläubigen dritten Besitzers gelangt ist (zu vergl. oben §. 61, II. 2: Bd. I. S. 225).

§. 171. Mitvormünder, Ehrenvormünder, Specialvormünder.

I. Hinsichtlich der Contutoren, d. h. der einem Mündel neben einander bestellten mehreren Altersvormünder bestimmte unsre Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XX. §. 1, zum Theile abweichend von dem Römischen Rechte, dass sie, wenn ihnen nicht der Richter selbst bloss einzelne getrennte Branchen der Verwaltung zugewiesen haben sollte, als correi, und zwar unter Wegfall des beneficium excussionis und divisionis zu haften haben und die Einzelnen, falls sie aus den Handlungen oder Unterlassungen ihrer Mitvormünder in Anspruch genommen würden, nur ihren Regress an diese zu nehmen berechtigt sein sollten. Dass sie immer gemeinschaftlich handeln müssten, war jedoch ausser bei gerichtlichen Geschäften und Grundstücksveräusserungen nicht erforderlich.

Das Gesetzbuch verlangt in §. 1957 von ihnen in der Regel ein gemeinschaftliches Handeln, und behandelt sie zwar gleichfalls als Gesammtschuldner, mindert aber in §. 1958 die aus einem derartigen Verhältnisse für den

Einzelnen hervorgehende Verantwortlichkeit wesentlich dadurch, dass es ihm die Möglichkeit einräumt, durch rechtzeitige Protestation bei der Vormundschaftsbehörde gegen die gefährdende Handlung des Mitvormundes sich der ihm daraus drohenden Haftung zu entledigen. Auch kann, wie bisher schon nach dem Rechte der Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XX. §. 2, nach §. 1897 unter b. des B.G.B. Niemand zur Uebernahme einer Mitvormundschaft zu ungetheilter Haftung genöthigt werden.

II. Im Gegensatze hiervon ist der sogenannte Ehrenvormund nur zur Aufsicht über seine Mitvormünder, sowie dazu verpflichtet, denselben mit geeigneten Rathschlägen an die Hand zu gehen. Da er an der Verwaltung selbst nicht Theil nimmt, so erstreckt sich auch seine Haftung nicht weiter als auf die Fälle, wo ihm eine Gefährde oder Fahrlässigkeit erweislich zur Last fällt und auch dann ist sie im Falle eines bloss culposen Verhaltens immer nur eine subsidiäre (Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XX. §. 4. — §. 1961 des B.G.B.).

III. Specialvormundschaften werden während der Dauer der Altersvormundschaft je nach Bedürfniss von dem Vormundschaftsgerichte angeordnet, wenn Collisionen des persönlichen Interesses des Vormundes mit seinen Amtspflichten oder Collisionen seiner Pflichten gegen mehrere gleichzeitig von ihm Bevormundete zu besorgen sind.

Insbesondere muss ein Specialvormund dann bestellt werden, wenn ein Vormund mit seinen Pflegbefohlnen selbst ein Rechtsgeschäft eingehen will, oder zwischen ihnen sonst Forderungsverhältnisse bestehen resp. während der Vormundschaft entstehen. Zu dem Ende hat der Vormund, falls er Gläubiger oder Schuldner seines Mündels ist oder wird, innerhalb vier Wochen von Uebernahme der Vormundschaft, resp. von Eintritt des Schuldverhält-

nisses an dem Vormundschaftsgerichte hiervon Anzeige zu machen (§. 1909 des B.G.B.). Für die Fälle eines dolosen Verschweigens des wahren Sachverhaltes drohte die Allgem. Vermundschaftsordnung Cap. VIII. §. 4 dem Vormunde als Gläubiger (wie schon das Justinianeische Recht in Nov. 72) den Verlust seiner Forderung und wenn er Schuldner sei, sogar die poena dupli an, und ebenso liess sie nach Cap. XV. §. 16 Verlust der Forderung dann eintreten, wenn der Vormund ohne Vorwissen des Vormundschaftsgerichts eine Forderung an den Mündel an sich gekauft hatte. Diese sämmtlichen Poenalbestimmungen sind durch das Gesetzbuch beseitigt und der Richter ist in allen diesen Fällen dem pflichtwidrig handelnden Vormunde gegenüber nur an die allgemeinen Coercitivmittel des §. 1881 des B.G.B. gewiesen, wenn er nicht zu dessen Remotion (zu vergl. unten §. 173) zu verschreiten sich veranlasst sieht. Ebenso sollen Specialvormundschaften dann angelegt werden, wenn ein Vormund mehrere Pupillen zu gleicher Zeit vertritt und zwischen den einzelnen Bevormundeten Verträge geschlossen oder Rechtsstreite geführt werden sollen. Hier darf der Altersvormund keinen der Unmündigen in dieser Beziehung vertreten (§. 1920 des B.G.B.).

Nicht zu verwechseln hiermit ist übrigens der oben im §. 169, 1. erwähnte Fall der Bestellung eines Zwischenvormundes, welcher als Specialvormund in dem hier fraglichen Sinne deshalb nicht angesehen werden kann, weil in dem dort vorausgesetzten Falle ein Hauptaltersvormund noch gar nicht existirt.

§. 172. Honorarforderung des Vormundes.

Für die mit der Vormundschaftsführung verbundene Mühewaltung kann der Vormund der Regel nach eine Vergütung nicht beanspruchen. Ausnahmsweise kann ihm jedoch von demjenigen, von dem das Mündelvermögen

herrührt, ein Honorar ausgesetzt oder ein solches auch vom Vormundschaftsgerichte aus den Nutzungen des Mündelvermögens, dafern der Vermögensbestand solches gestattet und die Vormundschaft besonders arbeitsvoll und zeitraubend ist, zugebilligt werden.

Das Vormundschaftsgericht bedurfte hierzu jedoch bisher der Genehmigung des Appellationsgerichtes, an welches deshalb gutachtlicher Bericht zu erstatten war (Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XXVI. §§. 1, 4. — §. 1955 des B.G.B. verb. mit Gerichtsordn. §. 73); seit der Verordnung vom 3. August 1868 steht jedoch die Zubilligung eines Honorars an den Vormund, dem ein solches von Demjenigen, von welchem das Vermögen des Bevormundeten herrührt, nicht ausgesetzt ist, dem Vormundschaftsgerichte erster Instanz zu.

Abgesehen von diesen Fällen gestattet aber auch das Gesetzbuch denjenigen Vormündern, die dem Sachwalterstande angehören, für Besorgung solcher Arbeiten, welche Rechtskenntnisse erfordern und deshalb Sachwaltern übertragen zu werden pflegen, den Ansatz ihrer taxmässigen Gebühr, wie es denn auch andern Vormündern nachgelassen ist, sich zu Geschäften dieser Art sachwalterischer Hülfe zu bedienen und die dafür zu entrichtenden Gebühren in der Vormundschaftsrechnung in Ausgabe zu verschreiben (§. 1956 des B.G.B.).

§. 173. Beendigung der Altersvormundschaft.

I. Abgesehen von dem Falle des Todes des Vormundes oder Mündels, sowie von den Fällen einer erlaubten Niederlegung (zu vergl. oben §. 167, B), zu denen auch noch der kommt, wenn der Vormund die Vormundschaft zehn Jahre lang verwaltet hat, kann die Vormundschaft, dafern sie nicht von vornherein nur auf eine gewisse Zeit oder bis zum Eintritte einer Bedingung übertragen wurde, noch vor erreichter Volljährigkeit des Tuenden endigen:

1. wenn der Mündel unter väterliche Gewalt kommt (Legitimation, Annahme an Kindesstatt),

2. wenn einer der in §. 166 erwähnten Unfähigkeitsgründe in der Person des Vormundes eintritt,

3. durch Remotion des Vormundes, welche nach dem Rechte des Gesetzbuches nicht mehr bloss im Falle grober Pflichtwidrigkeit oder wenn der Vormund sich eines schweren Verbrechens schuldig gemacht hat, sondern auch schon im Falle sonstiger Untüchtigkeit und Ungeschicklichkeit, die ihn des erforderlichen Vertrauens verlustig gehen lässt, verfügt werden kann (§. 1978 des B.G.B.),

4. durch Mündigsprechung des Pflegebefohlenen. Dieselbe erfolgt durch den Landesherrn, soll jedoch für den Unmündigen nicht vor erreichtem achtzehnten Altersjahre und nicht ohne dringende, in seinem persönlichen Interesse liegende Gründe gesucht werden (§§. 1967 f. des B.G.B.).

Das Gesuch um Ertheilung war bisher an das Bezirksappellationsgericht einzureichen und von diesem mittels gutachtlichen Vortrags an das Justizministerium zu bringen (Verordnung: Ausführung der A-B-C-Gesetze betreff., vom 28. März 1835, §. 8). Die Verordnung vom 3. August 1868 §. 6 weist jedoch auch die Annahme der Gesuche um Volljährigkeitserklärung dem Ressort der Untergerichte zu, welche solche alsdann mittels gutachtlichen Berichtes dem Justizministerium anzuzeigen haben.

Auch nach erlangter venia aetatis darf der Unmündige, wenn das landesherrliche Decret nicht besonders darauf gerichtet ist, Immobilien nicht selbständig veräussern und verpfänden; vielmehr treten insoweit bis zu erreichter wirklicher Volljährigkeit die oben §. 170 gedachten Grundsätze fortdauernd ein. Ebensowenig durfte, so lange durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 29. Mai 1868 das Institut der Schuldhaft noch nicht aufgehoben war,

der volljährig Erklärte vor erfülltem 21. Altersjahre Verpflichtungen unter Uebernahme der Wechselhaft eingehen, wenn er nicht ausnahmsweise ein Handlungs- oder Fabrikgeschäft betrieb (Gesetz vom 7. Juni 1849 über den Schuldarrest §. 6), wodurch der scheinbar entgegenstehende allgemeine Grundsatz des Art. 1 der A. D. Wechselordnung für diesen Fall ausser Kraft gesetzt erscheint.

II. Nach beendeter Vormundschaft hat in allen Fällen seiten des Vormunds, resp. dessen Erben binnen zweimonatlicher Frist die Herausgabe des dem Mündel gehörigen Vermögens an den bisherigen Bevormundeten resp. dessen Vertreter gegen gerichtliche oder notarielle Quittung zu erfolgen. Binnen gleicher Frist ist gegenwärtig auch von dem bisherigen Vormunde, resp. dessen Erben (denen die Allg. Vormundschaftsordnung Cap XIX. §. 6 hierzu unter Umständen eine 4—6monatige Frist eingeräumt wissen wollte) Haupt- und Schlussrechnung herauszugeben, nach deren Justificirung dem Vormunde, resp. dessen Erben die Ertheilung gerichtlichen oder notariellen Justificationsscheines nicht verweigert werden darf (§. 1972 des B.G.B. verb. mit §. 78 der Gerichtsordnung). Ein Verzicht auf diese Rechnungsablage seiten des volljährig Gewordenen ist zwar an sich ganz wirksam; Mündiggesprochene dagegen können vor erfülltem 21. Altersjahre nur gerichtlich und mit Genehmigung des früheren Vormundschaftsgerichtes gültiger Weise einen dergleichen Verzicht aussprechen (§. 1970 des B.G.B.).

§. 174 Rechtsverhältniss des Vormundes und Mündels zur heutigen Vormundschaftsbehörde.

Obwohl die Stellung der heutigen Vormundschaftsbehörde im Vergleiche zu der des Römischen Magistratus in Vormundschaftssachen eine weit entscheidendere genannt werden muss, und sowohl in Bezug auf die Zeit als die Gelegenheiten, wo sich deren Einwirkung auf die

Vormundschaftsführung überhaupt äussert, beträchtlich an Einfluss gewonnen hat, so berechtigt doch solches keineswegs zu der Annahme, als sei der Vormund etwa lediglich als Mandatar der Vormundschaftsbehörde zu betrachten, und als bilde die letztere selbst das eigentliche dem Mündel vom Staate zugeordnete Organ der Vertretung. Vielmehr handelt der Vormund von dem Augenblicke seiner Bestellung an der Regel nach auf eigene Verantwortung, während die Vormundschaftsbehörde ihn controlirend, beziehentlich seine Thätigkeit ergänzend zur Seite steht; und selbst da, wo ihn das Gesetz an die Einholung specieller Genehmigung des Richters zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes bindet, ist solches nicht so aufzufassen, als gehe der betreffende Geschäftsabschluss ausschliesslich von der Vormundschaftsbehörde selbst aus, weshalb auch die von Haubold, Lehrbuch, §. 131 A. angeregte, in unserer Praxis verschieden beantwortete Frage, ob das Vormundschaftsgericht mit völliger Umgehung des Vormundes im Namen des Mündels mit Dritten gültigerweise contrahiren könne, richtiger zu verneinen ist (zu vergl. Wenck, Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. XXV. S. 387 ff.).

Dagegen kann die veränderte Stellung und gesteigerte Wirksamkeit der Vormundschaftsbehörde nicht ohne Einfluss auf die Haftung derselben und die Natur des Rechtsmittels bleiben, welches dem Mündel im Falle einer dem Vormunde oder der Vormundschaftsbehörde zur Last zu legenden Pflichtvernachlässigung zur Seite steht. Obwohl Kind, quaest. forens. III. p. 97, Cap. XXII. ed. II. die volle Subsidiarität der aus dem Römischen Rechte entlehnten actio tutelae contra magistratum noch zu vertheidigen scheint, so hatte man doch schon nach unserem zeitherigen Rechte beide, Vormund und Vormundschaftsbehörde, für die Erfüllung der ein Jedes von ihnen treffenden Obliegenheiten als direct verantwortlich zu betrachten, so dass es in jedem einzelnen Falle sich fra-

gen musste, ob der Vormund allein oder neben dem Richter, und zwar dann jeder von Beiden selbständig, oder ob nach Befinden nur der Richter hafte, der Vormund aber durch das hinzugetretene richterliche Decret gedeckt und seiner Haftung völlig entledigt erscheine (Hänsel, Excurse zu Curtius' Civilr. III. Abth. S. 467).

Das Gesetzbuch enthält eine direct einschlagende Bestimmung nur im §. 1506, und lässt die Vormundschaftsbehörde darnach nur für dolus und lata culpa, dann aber nicht bloss subsidiär haften.

Das Gesetzbuch ruft übrigens in gewissem Umfange auch das Altdeutsche Institut des Familienrathes insofern wieder in das Leben, als es der Vormundschaftsbehörde nach §. 1882 das Recht giebt, bei wichtigen Angelegenheiten die Verwandten des Bevormundeten zu Rathe zu ziehen, welche dann diese Rathsertheilung ohne erhebliche Gründe nicht verweigern dürfen.

2. Unterabtheilung. Die übrigen Arten der Bevormundung.

§. 175. I. Von der Vormundschaft über Geisteskranke oder körperlich Gebrechliche.

A. Die Vormundschaft über Geisteskranke ist, da die Geisteskrankheit, wo sie zur Anlegung der Vormundschaft führt, präsumtiv einen die Dispositionsfähigkeit des Betreffenden ausschliessenden Grad erreicht haben wird, als reine Personalvormundschaft aufzufassen.

Die Handlungsfähigkeit des Bevormundeten ist während der Dauer der Vormundschaft im Zweifel nicht bloss eine beschränkte, sondern gleich der des Infans ganz ausgeschlossen. Eine Ausnahme machen diejenigen Geisteskranken, welche sogenannte lichte Zwischenräume haben. Rücksichtlich ihrer ist zu vergl. oben §. 29, II. Bd. I. S. 104.

Ist der Geisteskranke zugleich noch minderjährig, so geht die hier in Frage stehende Art der Bevormundung in der Altersvormundschaft und der väterlichen Gewalt auf. Das Gesetzbuch geht jedoch in letzterer Beziehung sogar noch weiter, insofern es nach §. 1981 auch für ein in väterlicher Gewalt stehendes volljähriges Hauskind von einer Bevormundung wegen Geisteskrankheit abgesehen wissen will, hierdurch also anerkennt, dass die dem Vater an sich nur über seine minderjährigen Hauskinder zustehende natürliche Vormundschaft (oben §. 161 zu A.) in diesem Falle ausnahmsweise über die erreichte Volljährigkeit hinaus sich erstrecke.

Nach dem Rechte der Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XXIV. §. 3 sollte auch eine Ehefrau, wenn sie in Geisteskrankheit verfiel, eines Vormundes deshalb nicht bedürfen, vielmehr die betreffende cura in der ehemännlichen Pflegschaft aufgehen. Das Gesetzbuch kennt jedoch diese Ausnahme nicht mehr (§. 1981 verb. mit §. 1885), so dass auch die geisteskranke Ehefrau künftig einen besonderen Zustandsvormund zu erhalten haben wird. Die Anlegung der Bevormundung hat übrigens, wie die der Altersvormundschaft, sobald der Vormundschaftsrichter Kenntniss von dem Geisteszustande des Betreffenden erhält, schon von Amtswegen nach vorgängiger gerichtsärztlicher Exploration einzutreten.

B. Analog dieser Vormundschaft über eigentlich Geisteskranke will das Gesetzbuch auch die unter Umständen zulässige Bevormundung von bloss Geistesschwachen oder körperlich Gebrechlichen behandelt sehen, welche durch das ihnen anhaftende Gebrechen zu selbständiger Wahrnehmung ihrer Rechtsangelegenheiten ungeeignet erscheinen. Jedoch hat hier der Richter (mit Ausnahme der Taubstummen, welche sich durch verständliche Zeichen nicht auszudrücken verstehen, und dann den Geisteskranken im Sinne des unter A. Gesagten gleichstehen

sollen), bevor er mit der Anlegung einer allgemeinen Vormundschaft verfährt, den Antrag des Bevormundeten in der Regel abzuwarten, und auch dann entscheidet erst noch nach vorgängiger ärztlicher Exploration die selbstständige richterliche Erwägung über Nothwendigkeit und Umfang der Bevormundung. Ist indessen einmal mit Einleitung der Vormundschaft in einem solchen Falle verfahren worden, so hängt die Beendigung derselben gleichfalls wie in den Fällen unter A. von der vorgängigen causae cognitio des Richters ab (§§. 1982, 1986 des B.G.B. verb. mit §. 75 der Gerichtsordnung), woraus zugleich folgt, dass auch auf dergleichen Personen während der Dauer der Bevormundung die Vorschrift des Gesetzbuches im §. 81 a. E. volle Anwendung leidet.

II. Vormundschaft über gerichtlich erklärte Verschwender.

Schon nach der Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XXIV. §. 11 konnte eine cura prodigi von dem ordentlichen Richter des Letzteren nur nach sorgfältiger Untersuchung des einschlagenden Verhältnisses, sowie nach vergeblicher Admonition des Betreffenden und zwar nur mit Vorwissen und Genehmigung der Landesregierung, an deren Stelle später insoweit die Bezirksapellationsgegerichte getreten sind, verfügt werden. Gleiches galt von der Wiederaufhebung einer derartigen Bevormundung. Das bürgerliche Gesetzbuch §. 1987 verb. mit §. 76 der Gerichtsordnung behält solches allenthalben bei, gestattet jedoch in dringenden Fällen von dem Erfordernisse einer vorherigen vergeblichen Admonition abzusehen. Inzwischen ist jedoch durch §. 5 der Verordnung vom 3. August 1868 die Entschliessung darüber: ob ein Verschwender zu bevormunden und ob ein unter Vormundschaft gestellter Verschwender wieder für handlungsfähig zu erklären sei, dem Geschäftskreise desjenigen Gerichtes zugewiesen worden, welches im Falle der Verhängung oder Aufhebung

der Vormundschaft den Vormund zu bestellen oder zu entlassen haben würde, so dass auch hier die im §. 76 der Gerichtsordnung den Appellationsgerichten beigelegte Competenz in der Regel auf die Unterinstanzen übergegangen ist. Die Anlegung der Vormundschaft muss wie früher (Vormundsch.-O. Cap. XXIV. §. 11), so auch jetzt nach §. 1987 des B.G.B. öffentlich bekannt gemacht werden. Von der Wiederaufhebung galt solches früher nur, wenn der Curand es wünschte, jetzt ist jedoch nach §. 1989 des B.G.B. die Erlöschung der Vormundschaft von der öffentlichen Bekanntmachung ausdrücklich abhängig gemacht.

Die Bevormundung des Prodigus ist keine Personalvormundschaft, sondern schafft nur die durch die vorausgegangene Interdiction bedingte vermögensrechtliche Vertretung für den Verschwender, weshalb derselbe in allen rein persönlichen Angelegenheiten (z. B. Ehescheidungsprocessen, nach Befinden Statusklagen) selbständig handelt.

Wenn die Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXIV. §. 12 ihn den Unmündigen gleichgestellt wissen will, so bedarf dies doch noch einer näheren Bestimmung dahin, dass er auch in Vermögensangelegenheiten der Regel nach nur solchen Unmündigen gleich zu behandeln ist, welche zwar das Kindesalter überschritten, aber das vierzehnte Altersjahr noch nicht erfüllt haben. Deshalb ist zwar seine Erwerbsfähigkeit eine völlig unbeschränkte, umgekehrt ist ihm aber nicht bloss die Verpflichtungsfähigkeit inter vivos entzogen, sondern er kann auch nicht letztwillig über sein Vermögen verfügen, obwohl ihm der Widerruf seines früher errichteten letzten Willens jederzeit freisteht (§§. 2072, 2210, 2545 des B.G.B.). Folge der ihm entzogenen testamenti factio activa ist auch, dass er nicht als Solennitätszeuge bei Errichtung letzter Willen dienen kann (§. 2102 des B.G.B.). Die Gerichtsordnung a. a. O. gestattet übrigens bei vorhandenen Anzeichen der Besserung, die Vermögensverwaltung dem Bevormun-

deten versuchsweise ganz oder zum Theile unter fortgesetzter Aufsicht des Vormundes wieder zu überlassen. Die Handlungsfähigkeit bleibt jedoch auch während eines solchen Interimisticums im obigen Umfange beschränkt.

III. Die sonstigen Arten der Bevormundung sind in der Hauptsache reine Vermögensverwaltungen unter obervormundschaftlicher Aufsicht. Hierher gehören:

A. Die Abwesenheitsvormundschaft.

Der Begriff einer solchen Abwesenheit, wie sie zur Anlegung der Vormundschaft über das Vermögen des Abwesenden berechtigt, ist nicht mit der oben im Personenrechte §. 17 gedachten Verschollenheit zu identificiren, sondern erfordert an sich nur, dass die betreffende Person von ihrem Wohnorte ohne Hinterlassung eines Bevollmächtigten, und ohne dass ihr dermaliger Aufenthaltsort bekannt oder dahin zu gelangen wäre, sich entfernt hat. In einem solchen Falle kann nach richterlichem Ermessen, und wenn mit Rücksicht auf die Dauer der Abwesenheit das Bedürfniss von Sicherungsmaassregeln betreffs des Vermögens des Abwesenden sich herausstellt, zur Anlegung der Vormundschaft verschritten werden. Dies kann geschehen auf Antrag der Interessenten oder von Amtswegen. Selbst die Zurücklassung eines Bevollmächtigten schliesst die Bevormundnng nicht unbedingt aus, sei es, dass wegen Unzulänglichkeit des Mandats oder mit Rücksicht auf die Person des Bevollmächtigten oder wegen ungewöhnlicher Dauer der nachrichtlosen Abwesenheit sich Bedenken ergeben (Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XX. §§. 2 f. u. §. 199 des B.G.B.).

Bei der Wahl des Vormundes entscheidet nach dem Rechte der Vormundschaftsordnung mehr als anderswo die Nähe des Verwandtschaftgrades, und zwar dergestalt, dass selbst Frauen (also auch ausser der Mutter und Grossmutter), sofern sie nur das 25. Altersjahr erfüllt haben, und gegen ihre Personen sonst ein Bedenken nicht vorlag, als prä-

sumtive nächste Erben zu der Vormundschaft zugelassen zu werden verlangen konnten (Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXV. §. 5), mehrere gleich nahe Verwandte aber auf ihren Wunsch gemeinschaftlich zu bestellen waren. Das Gesetzbuch kennt diese Singularität nicht mehr. Die erfolgte Bestellung des Curator ist durch öffentlichen Anschlag und durch Einrückung in die Leipziger Zeitung bekannt zu machen (Allg. Vormundschaftsordnung a. a. O. §. 3 und §. 1994 des B.G.B.).

Die vorwiegende Natur der Abwesenheitsvormundschaft als einer blossen administratio bonorum äussert sich darin, dass bei ihr zunächst nur die Erhaltung des Vermögens im Interesse des Abwesenden bezweckt ist, also alle zu dem Ende nöthigen Verwaltungshandlungen von dem Vormunde zwar in Vertretung des Abwesenden, resp. unter obervormundschaftlicher Concurrenz vorgenommen werden dürfen von einer Rückwirkung der Bevormundung auf die eigne Handlungsfähigkeit des Abwesenden aber natürlich nicht die Rede sein kann. Indessen geht das Gesetzbuch doch nach der übrigens schon unserem zeitherigen Rechte geläufigen Auffassung über die Sphäre der gewöhnlichen cura bonorum hier insofern hinaus, als man den Abwesenheitsvormund auch zum Antritte der dem Abwesenden während der Abwesenheit etwa zufallenden Erbschaften zulässt (§§. 1990 ff. des B.G.B.). Die Bevormundung endet nicht bloss im Falle der Rückkehr des Absens oder des nachgewiesenen natürlichen Todes, resp. der gerichtlichen Todeserklärung, sondern auch wenn der Abwesende einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten am Orte der Verwaltung bestellt.

B. Die Vormundschaft über eine noch ungeborne Leibesfrucht, cura ventris, kann sowohl auf Antrag der schwangeren Wittwe, als von Amtswegen eintreten. Im Falle eines nicht unwahrscheinlichen Ge-

rüchtes, dass die Wittwe sich im schwangeren Zustande befinde, hat das Gericht, dem die Bevormundung zusteht, sich durch Befragung der Wittwe zu informiren und die etwaigen Erbinteressen können eine Untersuchung der Schwangeren durch eine Hebamme oder einen verpflichteten Arzt verlangen (§. 44 der Gerichtsordnung). In Ermangelung einer vom Vater hierüber getroffenen Bestimmung ist der zu bestellende Vormund zwar gleichfalls zunächst aus der Zahl der Verwandten des zu erwartenden Kindes zu wählen, jedoch in jedem Falle gerade mit Ausschluss des nächsten Erben (§. 1996 des B.G B.). Das hierbei von der Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXV. §. 11 den väterlichen Verwandten eingeräumte Vorzugsrechte ist gleichfalls weggefallen.

Hatte der Verstorbene ausserdem bereits lebende Kinder hinterlassen, so blieb nach dem Rechte der Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXV. §. 12 die Nachlasstheilung bis zur Entbindung der Schwangeren ausgesetzt. Die Verwaltung der Verlassenschaft wurde von der Wittwe selbst oder deren Kindern, resp. den Vormündern der Letzteren und nur in subsidium von dem Curator ventris besorgt, indem dieser der Regel nach sich auf Ueberwachung der Administrationsthätigkeit jener Personen zu beschränken hatte. Jetzt treten die oben §. 15 Bd. I., S. 48 gedachten Vorschriften ein. Dieselben Grundsätze kommen analog auch zur Anwendung, wenn das zu erwartende Kind bei einer andern als der väterlichen Verlassenschaft betheiligt ist. Der Wittwe steht übrigens während der Dauer der Schwangerschaft das Recht zu, aus den Nutzungen der ehemännlichen Verlassenschaft ihren Unterhalt unbedingt zu fordern. In andern Fällen, wo wegen Betheiligung des zu erwartenden Kindes an der Erbschaft eines Dritten mit Bestellung eines Vormundes zu verfahren war, hat die Schwangere beim Mangel anderer Subsistenzmittel die

Kosten ihres Unterhaltes aus der Erbschaft des Dritten zu beanspruchen (§§. 2293, 2344, 2345 des B.G.B.). Die cura erreicht ihre Endschaft mit der Geburt der zu erwartenden Leibesfrucht, oder, wenn es gewiss ist, dass eine solche nicht mehr zu erwarten steht.

C. Endlich gehört hierher auch noch die in andern Fällen für eine ruhende Erbschaft anzuordnende Curatel, sogenannte Nachlassvertretung. Hierüber ist zu vergl. das Nähere im Erbrechte, im letzten Paragraphen dieses Werkes.

V. Theil.

Das Erbschaftsrecht.

§. 176. Vorbemerkung.

Die wesentlich von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes abweichende Gestalt unseres heutigen Erbschaftsrechtes hat dasselbe zum grossen Theile nicht erst durch das bürgerliche Gesetzbuch erhalten, sondern theils ist selbige noch auf das Sachsenspiegelrecht und die Constitutionengesetzgebung von 1572 P. III zurückzuführen, theils und vornämlich beruht sie auf dem Mandate vom 31. Januar 1829*), die Grundsätze der gesetzlichen Allodialerbfolge und mehrere Bestimmungen über einige da-

*) Dieses ebenso vortreffliche, als für sein Zeitalter wichtige Gesetz, entworfen von dem damaligen, durch landesherrliches Rescript vom 4. October 1820 zum Referenten in dem Landesregierungscollegium ernannten Appellationsrathe Dr. Schumann, verdankt seine erste Anregung dem Antrage der Landstände (ständische Schrift vom 28. April 1818) gelangte nach reiflicher Vorbereitung zum Abschlusse (zu vergl. das in Begleitung des Gesetzentwurfes unterm 31. Januar 1824 an die Landstände erlassene Königl. Decret und die darauf von den Ständen überreichte begutachtende Schrift: den Mandatsentwurf über die gesetzliche Allodialerbfolge betreff. no. 44 und no. 109 der Landtagsacten v. J. 1823/1824 Vol. I. Bl. 374 ff. und Vol. IV. Bl. 385 ff. des in dem Leipziger Rathsarchive befindlichen Exemplars). Das Mandat trat vom 1. September 1829 an in Kraft (§. 137 des Erbfolgemandates), und hat sämmtlichen nachmals in den Thüringischen Staaten erlassenen Erbfolgeordnungen zum Muster gedient (zu vergl. Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatrechtes §. 265 Note 1, S. 494). Zur Entstehungsgeschichte des Erbfolgemandates befinden sich Nachweise in der Inauguraldissertation C. M. Kriegel's, Lips. 1831: specimen commentarii perpetui ad legem successoriam in Saxonia regia d. XXXI. Jan. a. MDCCCXXIX. promulgatam etc. § 2 pag. 4 ff.

mit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse enthaltend. Dieses Gesetz hatte sich nämlich nicht bloss die Regelung der Intestatsuccession zur Aufgabe gestellt, sondern ordnete namentlich auch das Verhältniss der letzteren zu den verschiedenen Arten der auf letztwillige Verfügung beruhenden Erbfolge von Neuem. Zugleich bestätigt es definitiv das Gouvernementspatent vom 12/24. Mai 1814, welches durch Aufhebung der früher in den Erblanden bestehenden vielfachen localstatutarischen Erbrechte, sowie der Specialnachfolge in die Gerade und das Heergeräthe zur Vereinfachung und Abrundung unseres Erbrechtssystemes wesentlich beigetragen hatte. Die Haupteigenthümlichkeiten des letztern sind fast durchgängig in das Gesetzbuch übergegangen. In dem Gesetzbuche selbst dagegen sind an principiellen Neuerungen hinzugekommen hauptsächlich die Beseitigung des formellen Unterschiedes zwischen Testament und Codicill, ferner der Wegfall der über den Abzug der quarta Falcidia und quarta Trebellianica geltenden Grundsätze nebst einer wesentlichen Umgestaltung unseres Pflichttheilsrechtes.

1. Abschnitt. Von der Erbfolge.

§. 177. Erbschaft und Erbfolge.

I. Die Erbschaft besteht in der Gesammtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen, in welchen der Verstorbene zur Zeit seines Todes stand, soweit nicht dieselben entweder schon ihrer Natur nach (wie bei den persönlichen Dienstbarkeiten, dem Besitze als einem bloss factischen Zustande, ferner z. B. bei einer von dem Erblasser eingegangenen Dienstvermiethung, receptum arbitrii u. s. f.) oder kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift, wie in der Regel beim Vorkaufsrechte (§. 1127 des B.G.B.) oder dem Rechte des Entleihers aus der Gebrauchsleihe (§. 1182 des B.G.B.) oder der gesetzlichen Alimentationspflicht (§. 1853 des B.G.B.) u. s. w. schlechthin an

seine Person gebunden waren. In letzterer Hinsicht ist die Reihe der auf den Erben transmissiblen Rechte und Verpflichtungen im Vergleiche zum gemeinen Rechte nicht unbeträchtlich erweitert. Denn das Gesetzbuch statuirt nicht bloss die Möglichkeit, ein Auftrags- oder Societätsverhältniss auch auf die Erben des Beauftragten oder des Gesellschafters zu stellen (§§. 1324 und 1383 des B.G.B.), sondern lässt auch selbst die Kraft einer noch unacceptirten Vertragsofferte in der Regel keineswegs mit dem Tode des Offerenten oder Oblaten erlöschen (§. 818 des B.G.B.), wie denn auch heutzutage das durch Delation einer Verlassenschaft an den Erblasser begründete Recht jetzt ausnahmslos zu den vererblichen Rechten zählt (zu vergl. unten §. 179). Endlich erscheint gegenwärtig auch die Zahl derjenigen Forderungsrechte, deren activer Uebergang auf die Erben des Berechtigten erst noch von einer bei Lebzeiten des Letzteren bereits begonnenen gerichtlichen Verfolgung, beziehentlich wenigstens von der ernstlich erklärten Absicht ihrer Geltendmachung abhängt, wesentlich eingeschränkt, und die Anbringung der Klage bei Gericht zu diesem Zwecke unter allen Umständen schon ausreichend (zu vergl. oben Bd. I. S. 123, §. 35, II. 1a).

II. Unter Erbfolge hat man nach der Terminologie des Gesetzbuches nur das unmittelbare Eintreten in das von dem Verstorbenen hinterlassene Vermögen als Ganzes (gleichviel übrigens ob in die Gesammtheit desselben oder in einen aliquoten Theil) zu denken (§§. 2000—2002 des B.G.B.). Jenachdem daher der Nachfolge von Todeswegen die eine oder die andere dieser Voraussetzungen, d. h. also Succession in das Vermögen als Ganzes oder die Unmittelbarkeit der Succession fehlt, ergiebt sich für den Begriff des Erben der doppelte Gegensatz:

einerseits der des Vermächtnissnehmers, als eines blossen Einzelnachfolgers, womit aber die Denk-

barkeit eines unmittelbaren Eintretens in das ihm von dem Erblasser zugewendete Recht vollkommen vereinbar bleibt — (§§. 2004, 2451 ff. des B.G.B.);

andererseits der des Erbanwärters (Fideicommisserben), bei welchem zwar praktisch ein der Gesammtnachfolge entsprechendes Resultat erreicht wird, aber immer nur durch Vermittelung des in erster Linie berufenen Haupterben, an dessen Stelle erst der Erbanwärter von Zeit der Herausgabe der Anwartschaft an tritt (§. 2005 verb. mit §§. 2503, 2518 des B.G.B.).

Mit dem Ausdrucke Nacherbe endlich bezeichnet das Gesetzbuch nicht, wie ein häufiger heutiger Sprachgebrauch, den oben erwähnten Erbanwärter, sondern einen wirklichen Erben, der jedoch nur bedingt und zwar für den Fall eingesetzt ist, dass ein früher Berufener nicht Erbe werden sollte (Vulgarsubstitut — §. 2187 des B.G.B.).

§. 178. Von den allgemeinen Voraussetzungen des Erbfolgerechts.

Das Erbfolgerecht setzt zu seinem Eintritte voraus:

A. das Vorhandensein eines gültigen Berufungsgrundes,

B. Erbfähigkeit des Berufenen.

Zu A. gesellt sich

1. zu den beiden Römischrechtlichen Delationsgründen (Gesetz und Testament) heutzutage noch der Erbeinsetzungsvertrag, und zwar ist das Verhältniss dieser verschiedenen möglichen Berufungsgründe zu einander nicht mehr ein sich gegenseitig ausschliessendes, vielmehr können dieselben in Ansehung der nämlichen Erbschaft ebensowohl gleichzeitig als auch successiv concurriren. Ersteres ist die unmittelbare Folge der Aufhebung des gemeinrechtlichen Grundsatzes: „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“; Letzteres ist insofern möglich, als jetzt nicht bloss, wie

schon nach Römischem Rechte *) die suspensiv bedingte Erbeinsetzung, sondern auch eine Einsetzung a die ad diem und selbst sub conditione resolutiva für zulässig erklärt ist (Erbfolgemandat §§. 5 u. 6 verb. m. §§. 2011 bis 2013 des B.G.B.).

2. Der Eintritt des betreffenden Delationsgrundes (Erbanfall) verschafft zwar dem Berufenen in allen Fällen nur erst die Füglichkeit, durch Antritt des Nachlasses Erbe zu werden, indessen wird dieses jus succedendi nicht mehr wie nach gemeinem Rechte als eine dem Berufenen nur für seine Person eröffnete Erwerbsmöglichkeit, sondern als ein gleichfalls wieder der Vererbung vollkommen zugängliches Vermögensrecht behandelt, welches, falls der Berufene vor dem Antritte der Erbschaft verstirbt, jetzt ausnahmslos und ohne dass es des Vorhandenseins einer der besonderen Transmissionsvoraussetzungen des Römischen Rechtes im einzelnen Falle bedarf, auf die Erben des Berufenen mit dessen sonstigem Nachlasse übergeht, seien dies nun gesetzliche oder letztwillig ernannte (§§. 8, 10 des Erbfolgemandates verb. m. §. 2010 des B.G.B.). Hiermit steht es auch ganz im Einklange, dass die Ausschlagung einer einmal deferirten Erbschaft als ein Act der Veräusserung angesehen wird, welcher seiten der Gläubiger des Berufenen nach Befinden der Anfechtung mittels der Paullianischen Klage unterliegt (dec. 25 von 1746 — §. 1511 des B.G.B.).

3. Anlangend den Zeitpunkt des Erbanfalles, so ist derselbe bei der gesetzlichen wie bei der gewillkürten Erbfolge in der Regel gleichmässig von dem Tode des Erblassers zu datiren, sollte es sich auch im einzelnen Falle wegen eines vorläufig entgegenstehenden Hindernisses factisch vielleicht erst weit später entscheiden, ob

---

*) l. 9. J. de hered. inst. II. 14. — Dagegen: semel heres semper heres l. 88 D. de hered. inst. XXVIII. 5.

die eine oder andere Successionsart Platz zu greifen habe (§. 2009 des B.G.B.). Auch hier wird bei der Frage nach den Voraussetzungen oder den Wirkungen der Delation jedesmal auf jenen früheren Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückgegangen: so bei der Intestatsuccession für die Berechnung der Gradesnähe der mehreren concurrirenden Verwandten (§. 2028 des B.G.B.), oder bei beiden Successionsarten für die Frage nach dem Eintritte des Transmissionsrechtes (zu vergl. oben unter 2). Eine Ausnahme tritt im Falle einer suspensiv bedingten oder ihr gleichstehenden betagten (§. 2149 des B.G.B.) Erbeinsetzung ein, insofern hier die Erbschaft erst mit Erfüllung der Bedingung, soweit dieselbe in einem erst nach dem Tode des Erblassers zu erwartenden Ereignisse bestand, beziehentlich mit dem Eintritte des dies anfällt (§. 2009 des B.G.B. a. E.). Wegen Bestimmung des Zeitpunktes der Delation im Falle einer gegen den Erblasser ergehenden Todeserklärung ist zu vergl. oben im Abschnitte über die Personen §. 17, Bd. I. S. 55, 57.

Zu B. Allgemeine Voraussetzung für die Nachfolge von Todeswegen jeder Art (sei dies eine wirkliche Erbfolge oder nicht) ist es, dass der dazu Berufene den Anfall erlebt, also in der Regel den Erblasser überlebt haben müsse. Dagegen gilt der weitere Satz, dass der Berufene zur Zeit des Todes des Erblassers schon leben oder doch wenigstens concipirt und nachmals lebend zur Welt gekommen sein müsse, nur für die Erbfolge im technischen Sinne (§. 2008 des B.G.B.), während die Vermächtnissfolge und die Erbanwartschaft auch den erst nach dem Tode des Erblassers erzeugten Personen zugänglich bleibt (§. 2396 verb. m. §. 2507 des B.G.B.). Zugleich liegt aber in der Festhaltung dieses Satzes für die Erbfolge, also in der Bedingung der Coexistenz des Erben mit dem Erblasser auch die einzige Anforderung, welche an die Erbfähigkeit einer physischen Person heutzutage bei uns

noch gemacht wird, indem die zahlreichen sonstigen Fälle der Erbunfähigkeit des gemeinen oder des älteren Deutschen und Sächsischen Rechts *) entweder ganz verschwunden oder nur als Indignitätsgründe erhalten geblieben sind (§. 2277 des B.G.B.). Besondere Grundsätze gelten noch rücksichtlich der Erbeinsetzungsfähigkeit juristischer Personen, sowie von Vereinen. Hierüber das Nähere unten im II. Capitel über die testamentarische Erbfolge.

Capitel I. Die gesetzliche Erbfolge.

§. 179. **Eintheilung.**

Schon nach dem Sachsenspiegelrechte bildete die Blutsverwandtschaft nicht die einzige Grundlage der gesetzlichen Erbfolge, vielmehr findet daneben auch das Affinitätsverhältniss in der Erbfolge der Ehegatten unter einander wenigstens schon eine gewisse Berücksichtigung.

Das ausserdem im Sachsenspiegel vorkommende Erbrecht des Richters (Sachsensp. B. I. Art. 28) kann nicht eigentlich als ein solches, sondern nur als das Recht auf Einziehung des Nachlasses beim Mangel successionsberechtigter Personen seiten des Jurisdictionsinhabers betrachtet werden, und ist daher dem heutigen Anspruche des Fiscus auf die erblose Verlassenschaft analog. Weit neueren Ursprungs, aber allerdings als wirkliches Erbrecht anzusehen, ist das erst im Laufe des 18. Jahrhunderts gewissen öffentlichen Anstalten im Falle der Concurrenz mit bloss entfernteren Seitenverwandten des Verstorbenen verliehene Recht auf einen Theil der Verlassenschaft, so dass sich hiernach für die gesetzliche Erbfolge auch noch heutzutage folgende drei Arten ergeben:

1. die der Blutsverwandten,
2. die der Ehegatten,

---

*) Sachsenspiegel: B. I. Art. 4, Art. 17 §. 1. Art. 51 §. 1 von Gerber: Deutsches Privatrecht, §. 250.

3. die gewisser öffentlicher Anstalten,

welche unter Umständen alle gleichzeitig bei dem nämlichen Nachlasse in Frage kommen können.

I. Verwandtenerbfolge.

§. 180. **Allgemeine Grundsätze.**

I. Die hier vorauszusetzende Blutsverwandtschaft zwischen Erben und Erblasser muss zwar regelmässig durch eheliche Zeugung vermittelt sein, jedoch wurde die sich noch im Sachsenspiegel B. I. Art. 51 findende Annahme einer vollständigen Erbunfähigkeit der Ausserehelichgeborenen im Verhältnisse zu der Mutter und den mütterlichen Verwandten schon durch die ältere Sächsische Praxis (Carpzov, jurispr. forens. II, 14. def. 58. III., 18, def. 25) beseitigt, freilich noch immer mit Ausschluss der ex damnato coitu procreati, rücksichtlich deren erst das Erbfolgemandat im §. 17 die vollkommen gegenseitige Successionsfähigkeit nach der mütterlichen Seite hin anerkannte. Umgekehrt hat aber auch die später eine Zeit lang herrschend gewordene Ansicht, wonach aussereheliche Kinder selbst von der väterlichen Verlassenschaft einen Theil und zwar den im Justinianeischen Rechte den liberis naturalibus unter Umständen zugesicherten sechsten Theil anzusprechen haben sollen (Kind, quaest. forens. T IV., qu. 71 der 1. Aufl.), sich nicht behauptet (Generale, die Succession unehelicher Kinder in die väterliche Verlassenschaft betreff., vom 12. November 1804). Vielmehr stehen heutzutage, wie schon nach dem Erbfolgemandate nur folgende ausserehelich Geborne in erbrechtlicher Beziehung dem Vater, beziehentlich dessen Verwandten gegenüber den ehelich Geborenen gleich:

a. Brautkinder (oben §. 158),
b. Kinder aus einer Putativehe (oben §. 155),
c. durch nachfolgende Ehe Legitimirte (oben §. 157 a),
d. durch Rescript Legitimirte (oben §. 157 b).

Jedoch soll sich, soviel die Letzteren anlangt, die Legitimationswirkung auf die Ascendenten und Seitenverwandten des Vaters nur dann erstrecken, wenn diese mit der Legitimirung sich einverstanden erklärten; wogegen die weiter gehende Voraussetzung des Erbfolgemandates §. 22, wonach das demzufolge zwischen dem legitimandus und jenen väterlichen Verwandten stattfindende Erbrecht in der Legitimationsurkunde besonders zum Ausdrucke gelangt sein müsse, gegenwärtig wegfällt.

Obwohl übrigens an sich in den Fällen unter a—d vollkommene Gegenseitigkeit des Erbrechtes besteht, so leidet dies doch in den Fällen unter a. und b. in Ansehung des Vaters und dessen Ascendenten gegenüber dem Nachlasse des Kindes und dessen Abkömmlingen dann eine Ausnahme, wenn der Vater bei dem nichtigen Verlöbnisse oder bei der nichtigen Ehe in mala fide war, oder wenn er das Nichtzustandekommen der Ehe oder, bei einer in Folge Anfechtung aufgehobenen Ehe, deren Auflösung verschuldete (§. 2039 des B.G.B.).

II. Die durch Annahme an Kindesstatt hergestellte juristische Verwandtschaft ist heutzutage im Wesentlichen von denselben erbrechtlichen Wirkungen begleitet, wie das durch adoptio minus plena nach Römischem Rechte begründete Aeltern- und Kindesverhältniss (zu vergl. oben §. 159. — Erbfolgemandat §§. 47 ff. und §. 2044 des B.G.B.).

III. Der entschiedene Vorzug des Mannesstammes vor der weiblichen Linie, der sich im Sachsenspiegel B. I, Artt. 5 und 17 theils noch in der gänzlichen Ausschliessung der Töchter des Erblassers durch die Söhne (abgesehen freilich von dem Successionsrechte in die Gerade), theils in der Ausschliessung der Mutter durch den Vater ausspricht, ist in ersterer Beziehung nach Ausweis der Glosse zu der ersteren Stelle bereits gegen Ende des 14. Jahrhunderts dem Einflusse des Römischen Rechtes gewichen, in letz-

terer Beziehung aber durch const. 17 pte. III. für Sachsen beseitigt. Dagegen hat sich das exclusive Erbrecht der Aeltern vor der gesammten Seitenlinie (also einschliesslich der Geschwister und Geschwisterkinder), welches gleichfalls in der zweiten der obigen Stellen im Sachsenspiegel wurzelt, nicht nur bis auf den heutigen Tag erhalten, sondern wurde nach dem schon von Carpzov bezeugten unzweifelhaften Gewohnheitsrechte auch auf die Ascendenten entfernteren Grades, gleichviel ob väterliche oder mütterliche erstreckt. Hierdurch erscheint die Römischrechtliche Classeneintheilung des Justinianeischen Rechtes insofern modificirt, als zwar der Zahl nach gleichfalls vier Verwandtenclassen existiren, von diesen aber:

a. die erste Classe ausschliesslich von den Descendenten,

b. die zweite Classe ausschliesslich von den Ascendenten,

c. die dritte Classe ausschliesslich von den Geschwistern und deren Abkömmlingen, inclusive der Halbbürtigen, endlich

d. die vierte Classe von den übrigen Seitenverwandten gebildet wird, und zwar hier mit Beseitigung des gegentheiligen Principes des Sachsenspiegels B. I. Art. 3, wonach nur die Seitenlinie bis zum siebenten Grade in Betracht kommen soll.

IV. Innerhalb dieser Erbclassen ist bisweilen

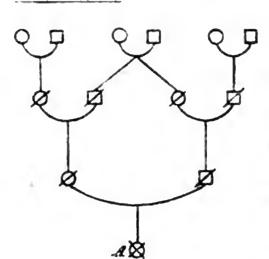
a. die mehrfache Verwandtschaft, sowie

b. die vollbürtige Verwandtschaft von Bedeutung.

Zu a. Die mehrfache Verwandtschaft kann jedoch nur dann von Einfluss sein, wenn nicht nach Köpfen getheilt wird, also niemals in der IV. Classe (Erbfolgemandat §. 28 verb. m. §. 46). Ein Mehreres als dieses will wohl auch der §. 2032 des B.G.B. nicht sagen. Wenn

dort als Gegensatz der Kopftheilung ausdrücklich nur von der Theilung nach Stämmen (I. und III. Classe) die Rede ist, so schliesst dies die Möglichkeit einer Berücksichtigung der mehrfachen Verwandtschaft auch in der II. Classe (falls es hier zur Theilung nach Linien kommt, und der betreffende Ascendent zugleich beiden Linien angehört) deshalb nicht aus, weil schon durch die Fassung des bezüglichen §. 2038 des B.G.B. ohnehin dafür gesorgt ist, dass ein solcher Ascendent auf beiden Seiten in Ansatz zu kommen verlangen könne. *)

Zu b. Der Vorzug der Vollgeburt vor der Halbgeburt kann sich dagegen nur in der Seitenlinie (III. und IV. Classe) äussern. Hier aber geschieht dies nicht mehr wie früher durch völlige Ausschliessung des Halbbürtigen durch den mit ihm in gleichem Grade stehenden Vollbürtigen beziehentlich durch Gleichstellung des Vollbürtigen mit den um einen Grad näheren Halbbürtigen (Sachsenspiegel B. I. Art. 3 — „Halbgeburt tritt um einen Grad weiter" —); vielmehr macht sich dieses Vorzugsrecht heutzutage nur zwischen dem Grade nach gleichnahen Seitenverwandten dergestalt geltend, dass der Vollbürtige doppelt so viel, als der Halbbürtige zu beanspruchen hat. Schon die 18. Constitution pte. III. nämlich hatte das Princip des Sachsenspiegels theilweise dadurch verlassen, dass sie den Oheim und die Tante des



*) Hier hat A. statt vier nur drei Urgrossälternpaare. Gesetzt, dieselben befinden sich beim Tode des A. von sämmtlichen Berufenen allein noch am Leben, so erbt das mittelste Urgrossälternpaar die doppelte Portion, weil ihm von beiden Seiten eine Quote des bei jeder Ascendenz sich halbirenden Urenkelvermögens zufliesst.

Erblassers den Halbgeschwistern des Letzteren nachsetzte. Das Erbfolgemandat hat den hierin liegenden Gedanken, dass die Frage nach der Voll- und Halbgeburt überhaupt nicht für die Berechnung der Gradesnähe, sondern höchstens nur für die Theilung des Nachlasses unter an sich gleich nahen Verwandten dieser Art von Einfluss sein könne, in der oben angegebenen Weise verallgemeinert, dabei aber dem hierauf gegründeten Vorzugsrechte gleich dem der mehrfachen Verwandtschaft in der IV. Classe die Berücksichtigung noch gänzlich versagt (§. 46 des Erbfolgemandates). Es erscheint daher gewiss nur als consequent, wenn das Gesetzbuch in §. 2031 unter Beibehaltung der obigen Art und Weise der Bevorzugung die voll- und halbbürtige Verwandtschaft in beiden Classen der Seitenverwandten gleichmässig zur Geltung bringt, und hierdurch also die Vollgeburt von der mehrfachen Verwandtschaft auch praktisch unterscheidet.

V. Nicht bloss die sogenannte successio ordinum, sondern auch die successio graduum ist, wie dem Erbfolgemandate, so auch dem bürgerlichen Gesetzbuche bekannt und in Letzterem namentlich unbedingt durchgeführt (§§. 2029 f.). Nur durch die jetzt ausnahmslose Geltung des Transmissionsrechtes (oben §. 178 A. 2.) erscheint die successio graduum im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte in ihren Wirkungen nicht unwesentlich beschränkt. Dagegen kann von einer Collision derselben mit dem Anwachsungsrechte und einer Ausschliessung derselben durch Letzteres, wie solche von zahlreichen gemeinen Rechtslehrern vertheidigt wird (Arndts, §. 518 Anm. 2.), bei uns deshalb nicht mehr die Rede sein, weil unser Particularrecht ein jus accrescendi bei der gesetzlichen Erbfolge überhaupt nicht mehr anerkennt (§§. 2269 ff.). Abgesehen hiervon gestaltet sich aber auch die in Folge einer Succession dieser Art eintretende Erbfolge bei uns bisweilen deshalb in concreto ganz anders als

nach gemeinem Rechte, weil in Gemässheit des oben §. 179 zu 3. Bemerkten der Zeitpunkt der Delation auch für die Nachrückenden und somit die Beurtheilung ihrer Gradesnähe sich nach dem Tage des Todes des Erblassers bestimmt.

VI. Das im Sachsenspiegel nur sehr beschränkt zu Gunsten der Enkel vorverstorbener Söhne des Erblassers anerkannte sogenannte Repräsentationsrecht (Sachsenspiegel B. I. Art. 5), vermöge dessen der dem Grade nach Entferntere an die Stelle seines vorverstorbenen Parens einrückt, kam zwar in der Classe der Descendenten sehr bald zu voller Geltung. Dagegen wurde dessen gänzliche Ausschliessung in der Seitenlinie fortdauernd und selbst gegen die abweichenden reichsgesetzlichen Bestimmungen von unserer Particulargesetzgebung längere Zeit mit Nachdruck aufrecht erhalten (Rescript Herzog Georgens zu Sachsen: das jus repraesentationis in linea collaterali betreff., Donnerstag nach Mar. Magd. anno 1522, Codex Augusteus I. S. 1046 beseitigt den kurz zuvor publicirten Nürnberger Reichstagsabschied vom 27. November 1521, „von Succession Brüder oder Schwester Kinder, mit ihres abgestorbenen Vatter oder Mutter Brüder oder Schwester, die an der abgestorbne ihres Vatters oder Mutter, Brüder oder Schwester, im Stamme erben sollen“, abgedruckt in Senckenberg's Neuer Sammlung der Reichstagsabschiede, zweiter Theil S. 210 f.), und nur in const. 18 pte. III. fand dasselbe theilweise Anerkennung im Verhältnisse der Geschwisterkinder des Verstorbenen zu den Geschwistern des Vaters und der Mutter des Erblassers. Ueber dessen jetzige Behandlung ist zu vergleichen der nächste §. 181.

§. 181. **Fortsetzung.** Von den einzelnen Classen der Verwandtenerbfolge.

I. Descendentenclasse (§§. 2034, 2035 des B.G.B.). Bei einem Zusammentreffen von Abkömmlingen des ersten

Grades wird nach Köpfen, in allen Fällen der Concurrenz entfernter Abkömmlinge mit näheren oder gleichnahen verschiedener Branchen wird nach Stämmen getheilt, dergestalt, dass die derselben Branche Angehörigen zusammen immer nur ein Stammtheil erhalten und unter sich die Portion wieder nach Köpfen, beziehentlich nach Stämmen zur Vertheilung bringen. Das Repräsentationsrecht gilt hier unbeschränkt. Dass der vermöge desselben Nachrückende nicht Erbe seines vorverstorbenen Parens zu sein braucht, wird schon im Erbfolgemandate §. 34 ausgesprochen (§. 2027 des B.G.B.). Dagegen war unter den Sächsischen Rechtslehrern die Ansicht vorherrschend, dass ein von dem Parens im Voraus erklärter Erbverzicht das Repräsentationsrecht seiner Descendenten in jedem Falle dann vernichte, wenn dieselben Erben des Verzichtenden geworden seien, und selbst abgesehen von diesem Falle auch noch dann, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebt habe (Curtius, Handbuch, §. 836, vor den Noten h. i.). Aus gleichen Gründen fiel auch nach ausdrücklicher Vorschrift des Erbfolgemandates §. 111 das Nachrücken der Descendenz dann hinweg, wenn der zunächst berufene Parens die ihm wirklich angefallene Erbschaft ausschlug. Die hierin sich aussprechende unrichtige ältere Vorstellung, dass das Repräsentationsrecht nur ein von dem Parens abgeleitetes Erbrecht sei, und mit dessen Successionsberechtigung stehe und falle, ist von dem Gesetzbuche in den §§. 2027, 2030, 2261 verlassen und das entgegengesetzte Princip zur Geltung gebracht worden, dass nämlich die Nachrückenden zwar auf die Erbportion ihres Parens beschränkt bleiben, aber innerhalb dieser Beschränkung (wie bei der successio graduum) kraft eigenen Rechtes zur Erbfolge gelangen. Nur dann ist der vorausgegangene Erbverzicht des Parens (im Gegensatze zu der späteren etwaigen Ausschlagung der Erbschaft) für dessen Descendenten auch heuzutage

noch bindend, wenn sie dessen Erben geworden sind und der Verzicht ausdrücklich auf die Erben mit gestellt war (§. 2561 des B.G.B.). Auch steht es hiermit im Einklange, dass die rechtsgültige Enterbung des Parens das Repräsentationsrecht seiner Descendenz nicht ausschliesst (§. 2599 des B.G.B.).

II. Ascendentenklasse. Hier entscheidet lediglich die Gradesnähe, dergestalt, dass auch nur ein dem Grade nach Näherer sämmtliche Entfernteren, gleichviel welcher Linie sie angehören, ausschliesst. Kopftheilung findet nicht bloss zwischen den beiden Ascendenten ersten Grades, sondern auch zwischen den zu der nämlichen Linie Gehörigen eines entfernteren Grades statt. Linealtheilung kann daher nur beim Zusammentreffen mehrerer entfernterer Ascendenten verschiedener Linien in Frage kommen, jedoch auch hier immer nur eine einmalige, d. h. selbst in den höheren Graden, also bei der Concurrenz von Ascendenten dritten Grades (Urgrossältern), kann sich die Erbschaft immer nur in zwei Hälften nach der väterlichen und mütterlichen Linie spalten, so dass die dann auf den verschiedenen Seiten vorhandenen Miterben jederzeit wieder nur nach Köpfen unter sich theilen (§§. 2037, 2038 des B.G.B.).

III. Geschwister und deren Abkömmlinge. In dieser Classe findet zwischen den Erbberechtigten desselben Grades resp. verschiedener Grade das gleiche Theilungsverhältniss wie in der ersten Classe statt (§. 2041 des B.G.B.). Auch hier gilt das Repräsentationsrecht jetzt in gleicher Unbeschränktheit wie in der ersten Classe, indem schon das Erbfolgemandat §. 43 die durch den Reichstagsabschied von 1529 verworfene Ansicht des Accursius, wonach die Kinder verschiedener Geschwister nach Stämmen und nicht nach Köpfen theilen, adoptirt hat (Arndts, Lehrbuch, §. 479, Anm. 1). In Bezug auf

die Wirkung eines Erbverzichtes unter Ausschlagung der Erbschaft seiten des vorverstorbenen oder zunächst berufenen Parens leidet das oben unter I. Gesagte gleichfalls Anwendung.

Wegen des Einflusses der Halbbürtigkeit auf die Vertheilung bei der Concurrenz mit Vollbürtigen ist das im vorigen Paragraphen 181 unter IV. b. Gesagte zu vergleichen. Uebrigens hat schon const. 14 pte. III. bei uns die vermeintlich Römischrechtliche Ansicht, dass bei der Concurrenz von Geschwistern (resp. deren Descendenz) aus verschiedenen Ehen der Unterschied zwischen bona materna und paterna noch in Frage komme, zu Gunsten der entgegengesetzten Auffassung des alten Sachsenrechtes verworfen (§. 102 des Erbfolgemandates) und auch das Gesetzbuch hält an dieser Ansicht fest.

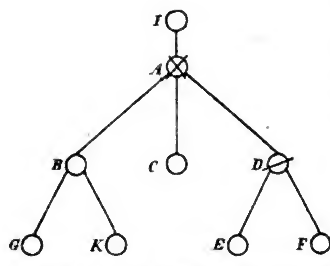
IV. Die übrigen Seitenverwandten. Hier gilt noch das Altsächsische Princip der Lineal- und Gradualerbfolge — „je näher zum Sipp, je näher zum Erbe" —, d. h. derjenige, welcher den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater, resp. die nächste gemeinschaftliche Stammmutter mit dem Erblasser aufzuweisen hat, schliesst die Uebrigen auf entfernteren Stämmen Stehenden aus. Innerhalb der hierdurch gegebenen verschiedenen Linien entscheidet die Gradesnähe. Gleichnahe concurriren zu gleichen Theilen. Das Repräsentationsrecht cessirt vollständig. Demzufolge findet immer nur Kopftheilung statt, und mehrfache Verwandtschaft kommt deshalb nicht in Betracht, während der Vorzug der Vollgeburt vor der Halbgeburt zwischen dem Grade nach Gleichnahen jetzt auch hier in der oben §. 181 IV. b. gedachten Weise in Betracht gelangt.*)

*) Beispiele: Concurrenz von Verwandten dreier absteigender Stämme:

Stirbt A mit Hinterlassung der übrigen lebenden Descenden-

§. 182. II. Erbfolge der Ehegatten.

I. Die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten des älteren Sächsischen Rechtes (vor dem Erscheinen des Erbfolge-



ten, so erben B und C je $\frac{1}{3}$, E und F je $\frac{1}{6}$. Hat aber B noch zwei Kinder G und K und stirbt vor dem Antritte des Nachlasses des A, den er überlebt hatte, so würde nach Römischem Rechte, dafern B nicht schon suus et necessarius, zu Gunsten seiner Kinder G und K ein Transmissionsfall eintreten können, vorausgesetzt nämlich bei der Transmissio Justinianea, dass B innerhalb Jahresfrist von erfolgter Delation an starb (Dr. Otto Müller, Lehrb. der Institutionen, S. 692 §. 179 not. 22 der I. Auflage). Liegt eine solche ausnahmsweise Veranlassung zur Transmission nicht vor, so kommt nach Römischem Rechte den Linien C und D ihr Accrescenz-(Non-decrescenz-)Recht zu Gute.

Nach dem Erbfolgemandate von 1829 §§. 32, 34 haben beim Ableben des B vor erfolgtem Antritte der ihm deferirten Erbschaft des A die Kinder der Ersteren G und K kraft selbständigen Transmissionsrechtes in die auf den Stamm B aus der A'schen Verlassenschaft entfallende Erbquote zu succediren, gleichviel ob sie Vaters Erben geworden sind oder nicht. Schlagen sie aus, so accrescirt die Portion nicht an die Stämme C und D, sondern es tritt für den Nachlass des B (einschliesslich des quotalen Successionsrechtes in die Erbschaft des A) die Intestaterbfolge ein — s. oben §. 178 zu A. 2. — dergestalt, dass nun in zweiter Classe der Urgrossvater I) und erst wenn dieser ausschlägt, die Seitenlinien C und D zur Perception gelangen. Gesetzt dagegen, B hätte bereits bei Lebzeiten die ihm angefallene Erbschaft des A ausgeschlagen, so gehen dadurch nicht nur seine Erben, welche diesen Verzicht ihres Rechtsvorgängers schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegen sich gelten lassen müssen, sondern selbst seine durch die Beerbung ihres Parens in ihrem Transmissionsrechte gar nicht bedingten Descendenten (§. 34 des Erbfolgemandates) der Succession in die Verlassenschaft des A verlustig (§. 111 des Erbfolgemandates). Die erledigte Erbportion des A fällt nun weder an G und K noch an I, sondern die miterbenden Stämme C und D kommen zu gleichen Theilen an die Reihe.

mandates) beruhte theils auf einheimischen Rechtsquellen, theils auf dem Römischen Rechte.

A. Die regelmässigen unserm Particularrechte eigenthümlichen beiderseitigen Successionsrechte waren keine vollkommen reciproken. Vielmehr war

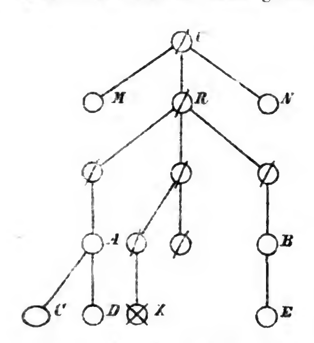
---

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche §. 2261 endlich schadet sogar der bei Lebzeiten erklärte Verzicht des Parens B seinen Kindern G und K nicht, sie müssten denn Erben ihres Vaters geworden sein und der Erbverzicht dieses Letzteren ausdrücklich sich mit auf seine Erben erstreckt haben (§. 2561 des B.G.B.). Sie beerben den A daher nicht kraft Transmissionsrechtes, sondern vermöge Repräsentationsrechtes, da das Ausschlagen des B zufolge §. 2261 die Wirkung haben soll, als wäre er vor dem Erblasser A gestorben. Sie haben also solchenfalls zwar für die Lasten zu haften, welche mit der A'schen Erbportion als solcher verbunden sind, namentlich also auch für Legate und Einwerfungsposten, nicht aber auch für die sonstigen Schulden des B an den A, G und K müssten denn gleichzeitig Erben ihres Vaters B geworden sein.

Für den Fall, dass B vor dem Antritte der ihm deferirten Erbschaft des A verstirbt, gilt nach dem Gesetzbuche das Nämliche, was das Erbfolgemandat vorschreibt.

Zur vierten Classe.

X. stirbt unter Hinterlassung bloss solcher Seitenverwandten, welche zur vierten Classe gehören.



Den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater mit dem Erblasser vermögen A und B nachzuweisen in der Person des R. M und N sind zwar nach Gradeszählung ebensonahe mit X verwandt als A und B beziehentlich nach dem Abgange des A und B sogar näher als C, D und E. Ihr mit dem X gemeinschaftlicher Stammvater U liegt aber um einen Grad hinter R zurück, begründet also eine entferntere Linie. Ist auch noch A mit Hinterlassung seiner Kinder C und D verstorben, so schliesst B diese aus und erbt Alles. Sind A und B gestorben, so erben ihre Descendenten C und D einerseits und E andererseits nicht je die Hälfte, sondern C, D und E succediren in Kopftheile. Jeder also ins Drittel.

1. der Wittwer gesetzlicher alleiniger Erbe des eheweiblichen Mobiliarvermögens ausschliesslich der Gerade (Sachsenspiegel B. I. Art. 31, B. III. Art. 76 §. 2 — const. 22 pte. III.). Was in dieser Beziehung zur Fahrniss gerechnet wurde, ist zu vergleichen bei Haubold §. 321.

2. Der bürgerlichen Wittwe dagegen stand der Anspruch auf die sogenannte statutarische Portion zu. Derselbe konnte aber von ihr nur durch Innelassung ihres eheweiblichen Einbringens, beziehentlich durch Einwerfung ihres sonstigen, selbst des Recepticienvermögens in den Allodialnachlass des Mannes erworben werden und es betrug dann ihre Erbportion beim Zusammentreffen mit ehelichen Kindern ein Viertheil, in allen andern Fällen dagegen ein Drittheil von der hierdurch gebildeten Gesammtmasse (Rechtsbuch nach Distinctionen Buch I. Cap. XIV. Dist. 4. — const. 20 pte. III.). — Ueber die eigenthümlich privilegirte Erbfolge der adeligen Wittwe im älteren Rechte ist zu vergleichen Haubold §. 397. Ausserdem galt aber auch noch

B. in subsidium, d. h. beim Mangel erbberechtigter Verwandter (zu vergl. oben §. 180, I. III. a. E.) die Römischrechtliche Erbfolge ex edicto unde vir et uxor in den Gesammtnachlass.

II. Das durch das Erbfolgemandat neugeschaffene Erbrecht der Ehegatten gehet dagegen von dem Principe vollkommener Gegenseitigkeit aus, und zwar beträgt die Erbportion des Ueberlebenden darnach mindestens immer ein Viertel der Verlassenschaft, während ihm die Letztere unter Umständen auch ganz gebühren kann.

A. Ein Viertheil nämlich gebührte darnach dem Ueberlebenden im Falle seines Zusammentreffens mit Erben der ersten Classe. Sind indessen

B. die Abkömmlinge, mit denen er in dieser Classe concurrirt, nur solche, welche der Verstorbene während der Ehe adoptirt hat, oder welche der Ehemann, falls

es um dessen Nachlass sich handelt, während der Ehe hat legitimiren lassen oder welche von der Ehefrau, falls diese die Erblasserin ist, während der Ehe im Ehebruche erzeugt worden sind, so steigt die Portion schon nach dem Erbfolgemandate auf ein Drittheil.

C. Die gleiche Höhe (ein Drittheil) behielt sie im Falle des Zusammentreffens mit Erben aus der zweiten und dritten Classe.

D. Die Hälfte betrug sie bei blosser Concurrenz mit Seitenverwandten der vierten Classe bis zum sechsten Grade einschliesslich, während

E. wenn nur Seitenverwandte des siebenten Grades oder entfernterer Grade vorhanden waren, der Nachlass dem überlebenden Ehegatten ganz zufallen sollte. Erbfolgemandat §§. 66 bis 69.

III. Das Gesetzbuch unterscheidet sich in Beziehung auf die Normirung der gesetzlichen Erbquoten des Ueberlebenden von dem zeitherigen Rechte nur darin, dass der überlebende Ehegatte schon in dem Falle oben unter C. die Hälfte der Verlassenschaft, in dem Falle unter D. aber diese bereits ganz erhalten soll (§§. 2052, 2053 des B.G.B.).*)

Voraussetzung für den Eintritt des Erbrechtes ist das Bestehen einer gültigen oder wenigstens für den Ueberlebenden als matrimonium putativum in Betracht kommende Ehe (oben §. 155 I. b.). Ueber das weitere Erforderniss des älteren Rechtes in dieser Beziehung ist zu vergleichen das oben im Familienrechte §. 138 Bemerkte. Durch das blosse Vorhandensein von Anfechtungs- oder Scheidungsgründen wird das Erbrecht natürlich an sich nicht aus-

*) Die nach dem Königl. Sächsischen Erbfolgemandate in den Thüringischen Staaten erlassenen, bei Heimbach, Lehrbuch etc., §. 283 Noten 1—12 angeführten Erbfolgegesetze waren in dieser Hinsicht zu Gunsten der überlebenden Ehegatten bereits weiter gegangen. Heimbach a. a. O. §. 284.

geschlossen. Nur wenn der Erblasser bereits deshalb Klage erhoben und das Ehegericht darauf vergeblich die Sühne versucht hatte, soll es so angesehen werden, als sei die richterliche Trennung der Ehe bereits vor dem Tode des Erblassers ausgesprochen, vorausgesetzt dass Diejenigen, die dem überlebenden Ehegatten sein Erbrecht darauf hin streitig machen wollen, den Beweis der thatsächlichen Richtigkeit des in der Ehetrennungsklage geltend gemachten Anfechtungs- oder Scheidungsgrundes, soweit nöthig, noch erbringen (§§. 2054, 2055 des B.G.B.). Trennung von Tisch und Bett hebt nur dann, wenn sie (bei gemischten Ehen, oder zwischen Ehegatten, welche der katholischen Kirche angehören) auf Lebenszeit ausgesprochen wurde, das Erbrecht des Ueberlebenden auf (§§. 1766 ff. des B.G.B.).

§. 183. III. **Von der Erbfolge gewisser öffentlicher Anstalten.**

Mit dem im vorigen 182. Paragraphen gedachten ehelichen Erbrechte kommt seiner Natur nach in vielen Beziehungen das zu Gunsten gewisser öffentlicher Anstalten geordnete Successionsrecht überein.*) Von einem wirklich hierher gehörigen gesetzlichen Erbfolgerechte kann jedoch nur in folgenden Fällen die Rede sein.

I. Im Anschlusse an eine ältere zu Gunsten der erbländischen Armenhäuser getroffene Bestimmung — Rescript, die Direction der Zucht- und Arbeitshäuser etc. ingleichen den Nachlass der in alterbländischen Armenhäusern versterbenden Armen etc. betreff., vom 2. Juni 1779 — gestand das Erbfolgemandat §§. 125 ff. den allgemeinen Landes-Heil- und Versorgungsanstalten (jetzt laut Bekanntmachung vom 26. September 1855 zu Sonnenstein bei Pirna, zu Hubertusburg und zu Colditz) an der

*) Nur tritt jenes Erbfolgerecht gleichzeitig mit **allen** Arten der Verwandtenerbfolge in Concurrenz, dieses nur mit den entfernteren.

Verlassenschaft der in dieselbe, gleichviel ob ent- oder unentgeltlich, aufgenommenen Personen ein gesetzliches Erbrecht insoweit zu, dass, wenn der Erblasser bereits vier Jahre und darüber in der Anstalt sich befunden habe, die Hälfte, bei kürzerer Dauer seines Aufenthaltes dagegen ein Drittheil seines Nachlasses der betreffenden Anstalt zufallen soll. Vorausgesetzt wird jedoch schon dort, dass die Anstalt nicht mit näheren Seitenverwandten als aus der vierten Classe concurrirt. Daneben blieb, wenn die Aufnahme des zu Verpflegenden unentgeltlich oder zu einem niedrigeren als dem regulativmässigen Satze erfolgt war, der Anspruch auf Nachzahlung des Verpflegungsaufwandes an den Nachlass ausdrücklich vorbehalten. Das bürgerliche Gesetzbuch fügt noch in den §§. 2057 ff. den Zusatz bei, dass ein Zusammentreffen mit dem überlebenden Ehegatten ohne Einfluss auf das Erbrecht der gedachten Anstalten sein solle. Uebrigens hat unsere Regierung bereits in der oben erwähnten Bekanntmachung von 1855 Beil. A. §. 37 und Beil. B. §. 18 nach Gehör der Stände die Erklärung abgegeben, dass sie rücksichtlich der seit dem 1. October 1855 in die Heilanstalt zu Sonnenstein und in das Landeskrankenhaus zu Hubertusburg aufgenommenen Personen auf das gedachte Erbrecht verzichte und die Ausführungsverordnung zum bürgerlichen Gesetzbuche vom 9. Januar 1865 §. 18. lässt es auch bei dieser Erklärung (freilich nur ausdrücklich rücksichtlich der Heilanstalt zu Sonnenstein) bewenden.

II. Dasselbe Vorrecht wie den zu I. gedachten Landesanstalten ist nach der Armenordnung vom 22. October 1840, §. 68 a. E., auch den Ortsarmen- Kranken- und Waisenhäusern, jedoch nur in Ansehung solcher darin verstorbener Personen verliehen, welche in die betreffende Anstalt unentgeltlich aufgenommen werden mussten (§. 2060 des B.G.B.).

III. Ausserdem kam schon seit älterer Zeit einer Anzahl Versorgungsanstalten anderer Art, z. B. städtischen Krankenhäusern, Hospitälern u. s. f. ein gleiches, und nach Befinden selbst weiter gehendes Erbrecht vermöge Privilegs, Ortsstatuts u. s f. an den Nachlässen der von ihnen bis zu ihrem Tode verpflegten Personen zu. Bei den auf diese Weise begründeten Erbrechten liess es zwar das Erbfolgemandat §. 129 bewenden, verordnete aber zugleich für die Zukunft, dass an die Verlassenschaft neu aufzunehmender Personen nur unter der Voraussetzung ein derartiges Erbrecht solle geltend gemacht werden können, wenn die betreffende Person bei ihrer Aufnahme entweder selbst oder durch ihre Vertreter von der Bewandtniss gehörig unterrichtet, und ein gerichtliches Protocoll darüber aufgenommen worden sei.*) Das Gesetzbuch schliesst sich dem gleichfalls in §. 2059 an.

Zusatz. Von diesen Erbrechten wohl zu unterscheiden ist der bereits durch das Mandat vom 11. April 1772, die Versorgung der Armen und die Abstellung des Bettelwesens betreff., allen Hospitälern, Armen-, Waisen-, Zucht- und Arbeitshäusern ausdrücklich ertheilte gesetzliche Anspruch auf unbedingte Ueberlassung derjenigen Mobilien an Wäsche, Betten, Kleidern u. s. f., welche die aufgenommenen und nachmals in der Anstalt verstorbenen Personen bei ihrer Aufnahme in dieselbe mitgebracht haben. Die Armenordnung a. a. O. erstreckt dieses Vorrecht, welches sich also auch bei der Concurrenz mit Erben aus den drei ersten Classen äussert, auch noch auf die Correctionshäuser. Die Bekanntmachung vom 26. Sept. 1855 dagegen enthält auch hier wegen der Heilanstalt zu Sonnenstein und des Landeskrankenhauses zu Hubertusburg einen Verzicht des Staates auf dieses Recht, und zwar nicht bloss pro futuro,

*) Es nähert sich dieses gesetzliche Erbrecht somit dem vertragsmässigen.

sondern auch wegen der bereits vorher in die betreffende Anstalt aufgenommenen Personen.

Capitel II. Von der Erbfolge auf Grund letztwilliger Verfügung.

Abtheilung I. Von dem einseitigen letzten Willen.

1. Unter-Abtheilung. Von der Errichtung einseitiger letzter Willen im Allgemeinen und deren Form.

§. 184. Fähigkeit zu einseitiger letztwilliger Verfügung.

Den Ausdruck „letzter Wille“ braucht das Gesetzbuch als technischen lediglich von einseitigen letztwilligen Verfügungen, im Gegensatze also zu den Erbverträgen (§. 2061 verb. mit §§. 2543, 2547 des B.G.B.); für Verfügungen der ersteren Art unterscheidet es dagegen nicht weiter zwischen Testamenten und Codicillen, stellt vielmehr die einseitigen letztwilligen Verfügungen, möge in ihnen nun eine directe Erbfolge geordnet sein oder nicht (resp. Enterbung), in Rücksicht der Form ihrer Errichtung, sowie der Fähigkeit hierzu in der Regel unter ganz gleiche Grundsätze.

Anlangend diese Fähigkeit, so sind

I. die meisten positivrechtlichen Beschränkungen, welche sich zum Theile noch in unserem älteren Sächsischen Rechte erhalten hatten, jetzt weggefallen: so wurde

a. die Testirunfähigkeit der zum Tode verurtheilten Verbrecher bereits durch const. 6 pte. III. mit Ausnahme des jetzt gleichfalls nicht mehr praktischen Falles, wenn zugleich auf Vermögensconfiscation erkannt worden war, beseitigt.

b. Nicht minder wurde durch const. 5 pte. III. unter indirecter Beseitigung der für Vergabungen von Todes-

wegen berechneten Vorschrift des Sachsenspiegels (B. I. Art. 52, §. 2) für das Testament eines Sterbenden oder schwer Kranken nur noch erfordert, dass er noch verständlich (articulate) sprechen könne, und über seine Absicht zu testiren gegen die zugezogenen Personen sich bestimmt erklärt haben müsse, wie denn auch

c. die noch in das Banqueroutirmandat vom 20. December 1766, §. 2, übergegangene Bestimmung des älteren Rechtes, wonach überwiesene Wucherer testirunfähig sein sollten, schon seit dem Criminalgesetzbuche von 1838, welches eine selbständige Strafe der Infamie nicht mehr kannte, als abolirt zu betrachten ist (Haubold, Lehrb. §. 335, c.). Endlich sind

d. Hauskinder als solche selbst über ihr unfreies Vermögen ohne Genehmigung ihres Vaters letztwillig zu disponiren befugt (zu vergleichen oben §. 162 no. 2). Darnach sind

II. nach heutigem Rechte als testirunfähig nur noch anzusehen:

a. Kinder unter 14 Jahren und zwar ohne Unterschied des Geschlechtes (Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §. 15 und §. 2066 f. des B.G.B.), und zwar dergestalt, dass sie selbst unter Concurrenz ihrer Vormünder, Väter u. s. f. zur letztwilligen Verfügung nicht fähig werden;

b. Geisteskranke und sonst Willensunfähige. Wegen der in lichten Zwischenräumen zu treffenden Verfügungen ist zu vergleichen das oben im Allgemeinen Theile §. 29, Bd. I. S. 104 Gesagte und §. 2069 des B.G.B.;

c. Gerichtlich erklärte Verschwender. Hierzu ist zu vergleichen das oben §. 175 unter II. bei Gelegenheit der Vormundschaft Entwickelte;

d. Taubstumme, dafern sie ihre Gedanken weder mündlich noch schriftlich verständlich auszudrücken vermögen (§. 2070 des B.G.B.), während, soweit dies der

Fall ist, ebenso wie für das Testament des bloss Stummen oder bloss Tauben oder Blinden nur besondere Förmlichkeiten für die Errichtung des letzten Willens geordnet sind (zu vergl. unten §. 187 und §. 2071 des B.G.B.).

§. 185. **Von der äusseren Form der Errichtung.** I. Von der ordentlichen Form.

A. Zeitheriges Recht.

Die gemeinrechtlichen Vorschriften über schriftliche oder mündliche Privattestamente und deren ordentliche Form bestanden zwar bei uns bis zum Inkrafttreten des Gesetzbuches noch in positivrechtlicher Geltung, indessen war fast ausschliesslich die bequemere Form der gerichtlichen Testamentserrichtung in Gebrauch.

Auf Letztere beziehen sich daher auch hauptsächlich die particularrechtlichen Abweichungen. Von dieser gerichtlichen Testamentserrichtung gab es zwei Modalitäten:

1. die, dass der Testirer seinen letzten Willen vor Gericht zu Protocoll erklärte, sogenanntes testamentum publicum nuncupativum. Hierbei war jedoch die nuncupatio testamenti coram judice als das allein Wesentliche, und die Aufnahme des die Willenserklärung des Testirers beurkundenden Protocolles keineswegs als unerlässlicher Solennitätsact, sondern lediglich als die Herstellung eines, und zwar des nächstliegenden natürlichen Beweismittels für den Inhalt und die Authenticität der Willenserklärung zu betrachten. Starb also der Testirer, nachdem er seinen letzten Willen vor dem Richter zwar vollständig ausgesprochen hatte,*) aber vor Abschluss und Vorlesung des Protocolles, oder litt dasselbe sonst an einem dessen Beweiskraft beeinträchtigenden Formfehler, so wurde dadurch allein die Gültigkeit des Testamentes

*) Wochenblatt für merkw. Rechtsf., Jahrgang 1843, S. 112.

selbst noch nicht alterirt; vielmehr blieb immer noch die Möglichkeit, den Beweis der Willensdisposition auf anderem Wege herzustellen.

2. Die andere, eben so oft vorkommende Modalität war die Niederlegung des vorher aussergerichtlich niedergeschriebenen letzten Willens in Gerichtshand. Der gewöhnliche Verlauf hierbei, dessen Einhaltung das Rescript der vormaligen Landesregierung vom 28. Oct. 1791 den Gerichten empfahl, war der, dass der Testator den schriftlichen Aufsatz in einem versiegelten mit der von ihm unterschriebenen Aufschrift „hierin ist mein letzter Wille" versehenen Couvert dem Gerichte übergab und dass sodann das Gericht das über die Uebergabe und die Recognition der Aufschrift, sowie des Siegels aufzunehmende Protocoll sofort auf das Couvert selbst brachte, auch beglaubigte Abschrift dieser Registratur zu dem allgemeinen Gerichtsprotocolle nahm. Indessen war von alledem für die Legalität des Testirungsactes nur das wesentlich, dass der Testirer in Person den schriftlichen Aufsatz mit der Erklärung: derselbe enthalte seinen letzten Willen, zur Legalisirung, beziehentlich zur Aufbewahrung übergab (deshalb gerichtliche Insinuation), und namentlich hing die Gültigkeit der Testamentserrichtung auch hier nicht von der Protocollsaufnahme ab.

3. Beide Modalitäten (1 und 2) hatten zu ihrer gemeinsamen Voraussetzung die für die Rechtsbeständigkeit des Testaments entscheidende solenne Mitwirkung des Gerichtes. Hierbei waren aber dem Testirer wieder zwei Wege zur Wahl gestellt: er konnte nämlich:

a. sich selbst in Person an Gerichtsstelle begeben und seinen letzten Willen dort aussprechen, resp. schriftlich überreichen, oder er konnte dies

b. in einer Privatwohnung (nicht nothwendig seiner eigenen) thun, und sich zu diesem Behufe die Abordnung einer Gerichtsdeputation dahin erbitten.

Die einschlagenden Landesgesetze sind nächst der weniger wichtigen auf beide Modalitäten bezüglichen const. 3 pte. III. hauptsächlich die deciss. 45 und 73 von 1661 und die dec. 8 von 1746, von denen die erstere von dem Falle unter a. die beiden letzteren von dem Falle unter b. handelten.

Zu a. Hier war der Regel nach bei königlichen Gerichten die Gegenwart des Richters und des Actuars erforderlich, die Zuziehung von mindestens einem Gerichtsschöppen aber nur dann nöthig, wenn die Function des Richters und des Actuars in einer Person verbunden war. Bei dringender Todesgefahr des Testators sollte sogar, wenn der Actuar nicht sofort zu erlangen war, für die Uebergabe eines vorher aufgesetzten schriftlichen Testamentes auch schon die alleinige Gegenwart des Richters genügen, welcher jedoch dann das Vorhandensein der Gefahr im Verzuge ausdrücklich zu attestiren hatte. Ebenso war bei Patrimonialgerichten auf dem Lande die Gegenwart des Richters und des Actuars, d. h. nach damaliger Gerichtssprache des Gerichtsherrn und des Gerichtsverwalters oder die des Letzteren und eines Gerichtsbeisitzers ausreichend. In dem Falle der oben gedachten Gefahr aber genügte auch hier schon die Concurrenz des Gerichtsverwalters allein.

Zu b. hatte die abzuordnende Deputation der Regel nach mindestens aus dem Richter, dem Actuar und einem Schöppen oder aus dem Actuar und zwei Gerichtsschöppen zu bestehen. Vereinigte aber der Actuar zugleich die richterliche Function in sich, so genügte auch schon die Zuziehung eines einzigen Schöppen.

Als competent hatte schon zeither in beiden Fällen der Regel nach jedes zur Vornahme von Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ermächtigte inländische Gericht erster Instanz zu gelten. Früherhin waren sogar auch die höheren Landesgerichte in dieser Beziehung zuständig. Das B-Ge-

setz, die höheren Justizbehörden etc. betreff., vom 28. Januar 1835, §. 5 bestimmte aber rücksichtlich der Bezirksappellationsgerichte, dass diese nur hinsichtlich derjenigen Personen, die in erster Instanz bei ihnen Recht zu leiden haben, Testamentsbehörden sein können. Sonst ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Testamentsbehörde zugleich die ordentliche Behörde des Testators sei. Derselbe kann sich vielmehr in einen fremden Gerichtssprengel begeben, ja sogar sich ein fremdes Gericht in eine ausserhalb dessen Gerichtssprengels gelegene Wohnung erbitten. Die für diesen Fall dem requirirten Richter nach Vorschrift der dec. 8 von 1746 in der Regel zur Pflicht gemachte Anzeige an denjenigen Richter, in dessen Sprengel er expedirte, ist nur reglementärer Natur, beziehentlich für das Sportelinteresse zur Zeit des Bestehens der Patrimonialgerichtsbarkeit von Wichtigkeit gewesen. Wenn sie vernachlässigt wurde, blieb trotzdem das Testament gültig. Auch cessirte diese Vorschrift der Decision gänzlich im Verhältnisse derjenigen mehreren Gerichte zu einander, die an demselben Orte ihren Sitz haben.

§. 186. B. Jetziges Recht.

I. In Bezug auf die gerichtliche Errichtung eines letzten Willens weicht das Gesetzbuch von unserem zeitherigen Rechte nur insofern ab, als es

a. in allen Fällen, also auch in Nothfällen, während der ganzen Dauer der Gerichtsverhandlung die Anwesenheit von mindestens zwei Gerichtspersonen, und zwar entweder des Richters und Protocollführers, oder wenn beide Functionen vereinigt sind, noch einer Urkundsperson erfordert (§. 2093 des B.G.B.). Ferner ist nunmehr

b. bei den mündlich zu Protocoll erklärten letzten Willen nicht bloss die Protocollaufnahme, sondern auch die Wiedervorlesung des Protocolles, dessen Mitunterschrift

durch den Erblasser und die Attestirung dieser Umstände oder die Attestirung der einer Mitunterzeichnung des Erblassers etwa entgegenstehenden Behinderungsursachen im Protocolle selbst zum wesentlichen Formerfordernisse erhoben (§. 2094 des B.G.B.).

c. Bei dem überreichten schriftlichen letzten Willen dagegen wird ausser der von der erforderlichen Erklärung begleiteten Uebergabe der Urkunde in Gerichtshand auch noch die Verschliessung der Urkunde mit dem Gerichtssiegel und die Aufnahme eines diese Vorgänge bestätigenden Protocolles verlangt (§§. 2086, 2097 des B.G.B.).

d. Für alle diese Fälle wird übrigens durch die Verordnung, die Zuziehung einer Urkundsperson bei gerichtlicher Errichtung eines letzten Willens betreffend, vom 22. Februar 1865 erläuternd ausgesprochen, dass man unter den hierbei nach Befinden zuzuziehenden Urkundspersonen sich nicht besonders zu diesem Zwecke verpflichtete Personen, sondern die früheren Gerichtsbeisitzer (resp. Gerichtsschöppen) zu denken habe.

II. Hinsichtlich der aussergerichtlichen letzten Willenserrichtung, so reducirt das Gesetzbuch für alle einseitige letzte Willen die zu beobachtenden Solennitäten im Wesentlichen auf die Römischrechtliche Codicillarform insofern, als es in der Regel hierbei fünf Zeugen schon für ausreichend erklärt. Wesentlich ist dabei ausser der gleichzeitigen und ununterbrochenen Anwesenheit der vorher besonders aufgeforderten, gehörig befähigten Zeugen (§§. 2101, 2102 des B.G.B.);

a. beim schriftlich zu errichtenden letzten Willen die Erklärung des Testirers coram testibus: dass die vorzulegende Urkunde seinen letzten Willen enthalte; sodann die Unterzeichnung derselben seiten des Testators in Gegenwart der Zeugen, sowie die Unterzeichnung durch die Zeugen selbst mit Beisetzung ihrer Qualität als solcher. Weder Untersiegelung noch Versiegelung der Urkunde

durch den Testator oder durch die Zeugen wird gegenwärtig noch erfordert. Andererseits giebt aber auch das sogenannte testamentum holographum gegenwärtig keinen Befreiungsgrund rücksichtlich der jetzt schlechterdings nothwendigen unterschriftlichen Vollziehung der Testamentsurkunde durch den Testator weiter ab.

b. Bei den mündlich zu errichtenden letzten Willen ist nur noch die vollständige Aussprache der Willenserklärung des Testators vor den Zeugen wesentlich.

c. Auch dem Notare ist zwar nach §. 2108 des B.G.B. die Errichtung letzter Willen vor sich vollziehen zu lassen und dabei mitzuwirken, nach wie vor gestattet. Jedoch sind dergleichen Verfügungen nach §. 93 der insoweit maassgebenden Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 gleichfalls an die Solennitäten der aussergerichtlichen letzten Willenserrichtung gebunden, nur dass der Notar und die beiden Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen mit eingerechnet werden dürfen, und dass hier zum Abschlusse des Testamentsactes auch noch der Abschluss des darüber aufzunehmenden Notariatsprotokolles gehört (§. 2108 des B.G.B. Schlussworte).

III. Von beiden Formen, dem gerichtlichen wie dem aussergerichtlichen letzten Willen, gilt noch das Gemeinschaftliche:

a. dass bei schriftlicher letztwilliger Verfügung die von dem Erblasser oder in seinem Auftrage durch einen Dritten aufgesetzte Urkunde zwar in fremder Schrift und Sprache, aber nicht unter Anwendung von Zeichenschrift *)

*) Ganz unzutreffend zählen die speciellen Motiven S. 895 zu §. 2130 des Entwurfes (unter no. 3) und nach ihnen Siebenhaar. Commentar III. S. 238 zu §. 2096 des B.G.B. auch die Stenographie zur Kategorie der Zeichenschrift. Die Stenographie, und vor Allen das im Königreiche Sachsen vorzugsweise gepflegte Gabelsberger'sche System derselben, ist bekanntlich in nicht geringerem Grade als die umständlichere Currentschrift eine wirkliche Buchstabenschrift (zu vergl. auch Lamm in der Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. XXVIII.

abgefasst sein darf (§§. 2096, 2104 Schlussworte d. B.G.B).

b. dass die Errichtung von dem Erblasser nur in Person bewirkt werden kann (§. 2064 des B.G.B.), wodurch die abweichende Ansicht namentlich auch mehrerer älterer Sächsischer Rechtslehrer, die wenigstens für das testamentum judiciale das Gegentheil behaupteten (siehe die bei Curtius Handbuch Th. II. Abth. 2. S. 20, §. 654 Note a aufgeführten Schriftsteller), reprobirt wird. Nicht zu verwechseln ist hiermit die Zuziehung eines verpflichteten Dollmetschers, die für Fälle gerichtlicher Errichtung des letzten Willens, dafern der Testirer der Deutschen Sprache nicht mächtig ist, in §. 2099 des B.G.B. allerdings nachgelassen wird, während für aussergerichtliche nach §. 2106 des B.G.B. selbst diese Art von Mittelspersonen als ausgeschlossen betrachtet werden muss.

§. 187. Fortsetzung. II. Die ausserordentlichen Formen der letzten Willen.

Dieselben bestehen entweder:

A. in einer gewissen Erschwerung der Form, die

S. 205 ff., besonders S. 212 u. S. 217 ff.), fällt also ihrem Begriffe nach so wenig wie jene unter das Nichtigkeitspräjudiz der §§. 2096 und 2104 des B.G.B. Dass ein Theil des Publicums der Stenographie nicht mächtig ist, könnte höchstens Veranlassung bieten, zum Verständnisse eines in Stenographie verfassten letzten Willens in streitigen Fällen sachverständige Lectoren zu adhibiren. War die Verwerfung der Stenographie vom Entwurfe des Gesetzbuches zwar beabsichtigt, ohne dass jedoch die in den mehrerwähnten Paragraphen gebrauchten Worte dem Sinne, welcher hat ausgedrückt werden sollen, entsprechen, so kann auch das nicht gelten, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, weil er es eben nicht gesagt hat (Windscheid, Lehrb. der Pandecten I. S. 53). Um so viel weniger, wo die mit den Gesetzesworten laut der Motiven verbundene, jedoch mit ihnen unvereinbare Deutung zunächst nur auf einer bloss irrthümlichen Vorstellung und zwar nur des einen Gesetzgebungsfactors beruht, übrigens auch mit den bei Beurtheilung letzter Willen geltenden Grundsätzen der §§. 2155 und 2158 des B.G.B. (l. 12 D. de reg. jur. L, 17) in unnöthigem Widerspruche steht.

ihren Grund in einem besondere Garantien fordernden körperlichen Gebrechen oder sonstigen Mangel des Erblassers hat. Dies gilt

1. von dem des Schreibens Unkundigen, der wenn er schriftlich aussergerichtlich verfügen will, einen sechsten Zeugen zuziehen muss, der wie der octavus subscriptor des Römischen Rechtes für ihn, und zwar mit dem ausdrücklichen Beisatze: dass er es anstatt des Erblassers thue, unterzeichnen muss (§. 2104 des B.G.B.);

2. bei dem letzten Willen eines Blinden, Tauben, Stummen, resp. Taubstummen, insofern dergleichen Personen insgesammt nur auf gerichtliche Willenserrichtung beschränkt sind (§. 2071 des B.G.B.). Abgesehen hiervon ist

a. bei dem Testamente des Blinden eine besondere Solennität nicht weiter vorgeschrieben, und namentlich bedarf es bei dem testamentum judici oblatum einer Wiedervorlesung der überreichten Testamentsurkunde an den Blinden ebensowenig, wie nach zeitherigem Rechte (Allg. Vormundschaftsordnung Cap. XXIV. §. 7 — Langenn und Kori, Erört. Th. II. S. 264 ff. der neueren Aufl. XXVI. Erört.; Kori, Erört. III. Vorrede S. XII.;

b. bei dem Tauben hat, falls er sich der mündlichen Errichtungsform bedient, an die Stelle der Vorlesung des Protocolls die Vorlegung desselben an den Testirer zum Durchlesen zu treten (§. 2095 des B.G.B.), weshalb er, wenn er auch des Lesens nicht mächtig sein sollte, lediglich auf die Form des testamentum judici oblatum beschränkt erscheint.

c. Letzteres ist auch bei Stummen unbedingt der Fall, und zwar haben diese die hier nöthige Ueberreichungserklärung entweder, falls sie schreiben können, persönlich bei Gericht niederzuschreiben, oder durch eine geschworene Vertrauensperson abgeben zu lassen (§. 2098 verb. m. §. 2071 des B.G.B.).

d. Der Taubstumme dagegen, soweit er nach dem Obenbemerkten überhaupt als testirfähig gelten kann (oben §. 184 unter d), ist, jenachdem er zu schreiben und Geschriebenes zu lesen versteht, oder sich wenigstens gegen eine von ihm mitzubringende geschworene Vertrauensperson verständlich zu machen vermag, nicht schlechterdings an die soeben (unter c.) gedachte Form gebunden, sondern darf sich nach Befinden auch der mündlichen Errichtungsform unter Vermittelung seiner Vertrauensperson bedienen (§. 2070 des B.G.B.). Wegen der Qualification einer solchen Vertrauensperson hier wie in dem Falle unter c. ist zu vergleichen Notariatsordnung von 1859, §. 42. —

B. Ausnahmsweise Formerleichterungen treten nach dem Gesetzbuche ein:

1. für Orte, wo eine ansteckende Krankheit epidemisch auftritt (sogenanntes testamentum pestis tempore conditum), insofern in dem Falle, wenn der Erblasser selbst oder doch Jemand in seinem Hause an der betreffenden Krankheit darniederliegt, schon drei Zeugen genügen sollen, die nicht einmal die besonderen Eigenschaften der Solennitätszeugen, sondern nur die gewöhnlicher Beweiszeugen *) zu haben brauchen (§. 2113 des B.G.B.). Dasselbe bestimmte im Wesentlichen schon const. 4 pte. III., der zufolge in Nothfällen sogar schon zwei Zeugen hinreichen sollten;

2. für das sogenannte testamentum parentum inter liberos. Demselben wird in §. 2115 des B.G.B. insofern sogar noch eine grössere Ausdehnung als nach gemeinem Rechte gegeben, als darnach die in einem solchen unfeierlichen letzten Willen zu treffenden Verfügungen nicht bloss auf die Descendenz des Erblassers (vorausgesetzt, dass sie ohnehin zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt ge-

*) Ausnahmsweise sind hier daher auch Frauenspersonen und eidesfähige Minderjährige zulässig (vergl. mit §. 2102 des B.G.B.).

wesen wäre) beschränkt bleiben, sondern auch zugleich auf dessen überlebenden Ehegatten sich beziehen können. Indessen kennt das Gesetzbuch nur noch eine schriftliche privilegirte Form dieser Art; und zwar muss der betreffende schriftliche Aufsatz von dem Testirer eigenhändig ge- und unterschrieben und neben der Aufführung des Honorirten mit seinem Familiennamen und mindestens einem Vornamen, auch der Erbtheil oder die Summe, die zugewendet werden soll, mit Worten ausgeschrieben sein. Auch ist hier die Datirung und die Angabe des Ortes der Errichtung des Aufsatzes (im Gegensatze zu dem gewöhnlichen schriftlichen letzten Willen) wesentlich. Eine blosse sogenannte divisio parentum inter liberos wird dagegen von dem Gesetzbuche nicht mehr besonders unterschieden.

3. Ein nach bisherigem Rechte für die in herrschaftlichen Verrichtungen ausser Landes befindlichen Hofofficianten durch das Regulativ vom 11. März und dazu gehöriges Rescript vom 22. März 1786, in Ansehung der Cognition der Hofämter etc. betreff., §. 9, eingeführter weiterer privilegirter Testirungsmodus (zu vergl. Haubold, Lehrbuch §. 337, Zusatz 4) ist ebenso wie das Römischrechtliche testamentum rusticum und das testamentum ad pias causas im Gesetzbuche stillschweigend beseitigt.

§. 188. Fortsetzung. Von den Militärtestamenten insbesondere.

Während unsere heutigen Soldatentestamente betreffs ihres Inhalts mit den der Civilpersonen bekanntlich unter ganz gleichen Grundsätzen stehen, kommen ihnen doch rücksichtlich der Form ihrer Errichtung gewisse Exemtionen zu Statten. Man kann hier insoweit wieder zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Militärtestamenten unterscheiden, wobei man jedoch gleichmässig unter den als Errichter in Betracht kommenden Militärpersonen überhaupt solche Personen sich zu denken hat, die nach

Maassgabe der Militärstrafgerichtsordnung vom 4. November 1867 §. 18 verb. mit §. 1 (Ges. u. Verordnungsbl. f. d. Kön. Sachsen S. 405 ff.) in Kriegszeiten den Militärstrafgerichtsstand haben.

A. Als ordentliches Militärtestament lassen sich diejenigen letztwilligen Verfügungen der Militärpersonen bezeichnen, welche dieselben ganz nach den gewöhnlichen Formen, jedoch vor dem ausnahmsweise zuständigen Militärgerichte errichten. Das Singuläre derselben besteht also hier nur darin, dass obwohl den Militärgerichten die bürgerliche Gerichtsbarkeit einschliesslich der freiwilligen seit Verordnung vom 4. December 1867, den Gerichtsstand der Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen etc. betreff. (Ges. u. Verordbl. f. d. Kön. Sachsen S. 560 ff.), an sich entzogen ist, dennoch den Auditeuren solcher Truppen, welche sich im Auslande befinden, oder nach geschehener Mobilmachung ihre Standquartiere verlassen haben, die Eigenschaft von Testamentsbehörden rücksichtlich der zu dem gedachten Truppentheile gehörigen Personen auf die Dauer jenes Ausnahmezustandes wieder beigelegt worden ist (angezogene Verordnung §§. 33, 34 verb. mit §. 32 derselben). Für unser zeitheriges Recht ist zu vergl. Gesetz, die Militärgerichtsverfassung betreff., vom 23. April 1862 §. 53 verb. mit §. 61. Selbstverständlich ist für solche Militärpersonen hiermit nicht die Füglichkeit negirt, ihren letzten Willen auch während der Dauer jenes Zustandes vor einer beliebigen andern, nur sonst competenten Testamentsbehörde zu errichten.

B. Die ausserordentlichen oder privilegirten militärischen Testamente dagegen sind solche, welche von Militärpersonen der gedachten Art je nach Umständen unter gewissen erleichterten Formen errichtet werden können. Hierfür kommen theils die Bestimmungen in §§. 2109, 2112 des B.G.B., theils die §§. 38—45 der Verordnung vom 4. Decbr. 1867 in Betracht.

Darnach stehen jetzt:*)

1. in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes für die genannten Militärpersonen folgende Formen zur Wahl:

a. entweder Testirung vor drei Zeugen, wenn darunter wenigstens ein Officier oder Unterofficier oder ein diesem dem Range nach gleichstehender Militärbeamter sich befindet (§. 2109 des B.G.B.);

b. Testirung in Form eines von dem Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebenen Aufsatzes, oder

c. in Form einer von dem Erblasser eigenhändig unterschriebenen und von zwei Zeugen oder einem Auditeur oder Officier mitvollzogenen Urkunde;

d. Aufnahme einer schriftlichen Verhandlung über die mündliche Erklärung des Testators seiten eines Auditeurs oder Officiers unter Zuziehung zweier Zeugen oder eines zweiten Auditeurs oder Officiers, ohne dass Zeugen und Officiere hier als Urkundspersonen verpflichtet zu sein brauchen;

e. bei verwundeten und kranken Militärpersonen noch mit der weiteren Erleichterung, dass in den Fällen unter c. und d. die Stelle der Auditeure und Officiere auch durch Militärärzte, höhere Lazarethbeamte oder Militärgeistliche vertreten werden kann. Ueber den Beginn der mit dem Ausdrucke: „Kriegszeiten“ oder „Belagerungszustand“ angedeuteten Stadien ist zu vergl. §. 2110 des B.G.B. und §. 29 der Verordnung vom 4. December 1867.

2. Während eines Treffens dagegen oder für

---

*) Vergleicht man die von den kriegführenden Römern getroffenen einfachen Bestimmungen über das Soldatentestament (Arndts, Lehrbuch §. 487 unter 1) mit dem complicirten Mechanismus der nachfolgenden Lehre, so wird man zu der Ueberzeugung gelangen, dass unser heutiges, vom bürgerlichen Gesetzbuche etc. geschaffenes Recht in diesem Punkte an Hypertrophie leidet.

die in einem solchen Verwundeten und noch nicht in dem Lazareth untergebrachten Militärpersonen genügt schon eine einfache gegen irgend eine Person mündlich abgegebene oder jede schriftliche mit dem blossen Familiennamen eigenhändig unterzeichnete Willenserklärung des Testators (§. 2112 des B.G.B.).

2. Unterabtheilung: Von dem Inhalte der letzten Willen.

§. 189. Von der Person des darin Bedachten.

Es handelt sich hier im Wesentlichen um die beiden Fragen:

I. Wer kann in einem letzten Willen bedacht werden? und

II. Wie hat die Benennung des zu Honorirenden zu erfolgen?

Zu I. Die Fähigkeit, in einem letzten Willen bedacht zu werden, richtet sich zunächst nach den oben §. 179 zu B. a. E. gedachten allgemeinen Grundsätzen.

Indessen gilt

a. von der Erbeinsetzung einer juristischen Person das Besondere, dass dieselbe zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht existirt zu haben braucht, vielmehr auch eine künftig erst entstehende juristische Person, dafern sie nur später wirklich die erforderliche staatliche Anerkennung erlangt, gültiger Weise zum Erben eingesetzt werden kann (§. 2074 des B.G.B.), ein Satz, den wir in Sachsen in Ansehung der milden Stiftungen schon früher in §§. 15, 16 des Mandats über die Eröffnung und Bekanntmachung der gerichtlich erklärten oder niedergelegten letzten Willen vom 30. October 1826 ausgedrückt finden dürften.

Unter jener staatlichen Anerkennung hat man übri-

gens jetzt seit dem Gesetze, die juristischen Personen betreff., vom 15. Juni 1868, rücksichtlich der dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken gewidmeten Stiftungen und Anstalten die einfache Genehmigung der Stiftung oder Anstalt und ihres Zweckes durch die competente Verwaltungsbehörde, rücksichtlich der Anstalten, Stiftungen oder Vermögensmassen, welche anderen Zwecken dienen, dagegen die ausdrückliche Anerkennung derselben als juristische Personen seiten der gedachten Behörde und rücksichtlich der Personenvereine endlich den amtlichen Eintrag derselben in das §. 70 des Gesetzes vorgeschriebene Genossenschaftsregister zu verstehen.

Abgesehen hiervon werden aber auch sonst nur erlaubte Vereine und Gesellschaften ganz ohne Rücksicht auf die ihnen künftig erst zu Theil werdende juristische Persönlichkeit in §. 2075 des B.G.B. dergestalt für fähig erklärt, letztwillig bedacht zu werden, dass die zur Zeit der Delation vorhandenen physischen Mitglieder als berufen gelten sollten. Nur haben sie das ihnen Zugewendete im Zweifel für den Gesellschaftszweck zu verwenden.

Ist eine Zuwendung im Allgemeinen zu Gunsten der Armen oder einer Kirche geschehen, so sollen darunter die Armen oder die Kirche des letzten Wohnorts des Erblassers zu verstehen sein, und das den Armen Zugewendete im Zweifel zur Verfügung der Ortsarmenbehörde gestellt werden (§§. 2164, 2165 des B.G.B.).

b. Schon dec. 9 von 1746 verb. mit Erläuterungsgenerale vom 15. Februar 1754 schrieb im Anschlusse an das Princip des Römischen Rechtes (z. B. Sctum. Libonianum), und zwar noch allgemeiner als dieses, vor, dass alle Personen, die bei Errichtung eines gerichtlichen oder Privattestaments als Amtspersonen, Notare, Concipienten, Schreiber mitgewirkt haben, weder als Erben noch als

Vermächtnissnehmer in dem Testamente bedacht werden dürfen; ja es wurde dieses Verbot sogar auf die Ehefrau und Descendenten der Genannten, ingleichen auf die reciprocirlichen Testamente, bei deren Aufsetzung der eine von dem Andern bedachte Erblasser als Concipient u. s. w. thätig gewesen, ausgedehnt.

Eine hiernach ungültige Verfügung sollte jedoch bei Kräften erhalten werden, wenn

α. der Testirer das ganze Testament oder wenigstens den Namen des Erben, resp. Legatars und die auf ihn bezügliche Disposition eigenhändig niedergeschrieben, beziehentlich auf das Reine geschrieben, oder

β. wenn er unter den letzten Willen nochmals eigenhändig seine Willenserklärung wiederholt habe, dass der Honorirte trotz des ihm entgegenstehenden Mangels das ihm Zugewendete wirklich erhalten solle, oder

γ. wenn er eine demgemässe Erklärung absonderlich vor zwei Zeugen abgegeben habe.

Das Gesetzbuch geht im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte (Arndts §. 491 a. E. §. 486 no. 3 im Texte), sowie zu unserem zeitherigen Rechte (Haubold, §. 342, not. c) insofern noch weiter, als es den bei Privattestamenten zugezogenen Zeugen ausser der Fähigkeit, darin zu Erben eingesetzt zu werden, auch die entzieht, ein Legat darin zugewendet zu erhalten, und als es das Verbot auch auf die Verwandten und Verschwägerten der bei der Willenserrichtung in obiger Weise betheiligt gewesenen Personen in der ganzen auf- und absteigenden Linie sowie in der Seitenlinie bis zum dritten Grade erstreckt.

Auch eröffnet es im §. 2077 nur in Ansehung dessen, der zur Niederschrift des letzten Willens gebraucht worden ist (eigentlicher Fall des Sctum. Libonianum) und dessen Angehörigen die Möglichkeit, die zu deren Gunsten getroffene Verfügung bei Kräften zu erhalten, räumt aber dafür auch schon einer vor Gericht abzuge-

benden Erklärung des oben (zu β.) gedachten Inhalts die gleiche Wirkung wie der vor zwei Zeugen ein, und verlangt auch nicht mehr unbedingt in dem Falle unter α., eigenhändige Niederschrift des betreffenden Passus, sondern nur eigenhändige Unterschrift desselben.

II. Es bildet zwar auch nach dem Gesetzbuche die Namhaftmachung des zu Honorirenden in dem letzten Willen selbst die Regel, wobei für eine nur demonstrative Bezeichnung (wie z. B. „die Kinder des X., die Verwandten, die Dienstboten des Erblassers“) gewisse Interpretationsvorschriften in §§. 2161 ff. sich aufgestellt finden.

Hiervon lässt jedoch das Gesetzbuch eine zweifache Ausnahme zu;

zunächst nämlich steht es

a. dem Erblasser nach wie vor frei, die Benennung der Person des zu Honorirenden einer besonderen, bei der Errichtung des letzten Willens nicht mit vorliegenden oder sogar erst künftig aufzusetzenden Schrift vorzubehalten. Indessen verlangt es im §. 2084 von einer derartigen nachträglichen Schedularverfügung, dass dieselbe rücksichtlich ihrer Form mindestens den oben §. 186 unter B. 2. bei dem testamentum parentum inter liberos gedachten Anforderungen entsprechen müsse, und lässt sogar dem Erblasser nach, sich hierfür in seinem letzten Willen einseitig eine gesteigerte Form selbst vorzuschreiben (§. 2085 des B.G.B.).

Die gemeinrechtliche Controverse, ob von dieser sogenannten mystischen Erbeinsetzung nur bei schriftlichen oder auch bei mündlich errichteten letzten Willen Gebrauch gemacht werden könne, ist von dem Gesetzbuche stillschweigend im letzteren Sinne entschieden worden. Sodann soll es aber auch

b. nach §§. 2086 ff. künftig zulässig sein, dass der Erblasser nicht allein (wie dies wohl schon nach gemei-

nem Rechte möglich war) die Errichtung eines Vermächtnisses, sondern selbst die Erbesernennung in das künftige arbitrium einer oder mehrerer von ihm namhaft zu machender dritter Personen dergestalt stelle, dass diese nicht bloss die Auswahl unter einer Mehrzahl alternativ benannter Individuen, sondern die Namhaftmachung des zu Honorirenden selbst vorzunehmen haben soll (en). Im ersteren Falle hat die unterbliebene Auswahl die Folge, dass nunmehr alle alternativ benannten Personen als gleichzeitig berufen gelten, im zweiten Falle ist die ganze Verfügung nach den über bedingte letzte Willenserklärungen geltenden Grundsätzen dann als weggefallen anzusehen (§. 2091 verbunden mit §. 2087 des B.G.B.).

§. 190. Von der Erbeinsetzung insbesondre.

Die Frage, ob und inwieweit der letzte Wille im einzelnen Falle eine wirkliche Erbeinsetzung oder eine letztwillige Verfügung anderer Art nur enthalte, behält natürlich auch jetzt trotz der Verschmelzung des Testamentes und Codicills in formeller Beziehung ihre grosse praktische Bedeutung, insofern von deren Beantwortung nach wie vor noch die Berechtigung und Verpflichtung des Honorirten zur activen und passiven Vertretung des Nachlasses, sowie dessen Legitimation zur Anstellung der Erbschaftsklage und Erbtheilungsklage unmittelbar abhängt, und kann man daher auch jetzt noch den eine wirkliche Erbeinsetzung enthaltenden letzten Willen durch den technischen Namen „Testament“ auszeichnen.

I. In Uebereinstimmung mit dem Grundsatze des neueren Römischen Rechtes (l. 15 C. de testamentis etc. VI. 23), welcher auch in unsere Const. 9 ptc. III. insofern übergegangen war, als dort für die heutige Erbeinsetzung eine gewisse solenne Wortform keineswegs mehr erfordert wird, legt auch das Gesetzbuch auf den

Gebrauch des Ausdruckes „Erbe“ für sich allein kein entscheidendes Gewicht weiter (§§. 2166 ff.), sondern stellt als leitendes Princip den Satz an die Spitze, dass es im einzelnen Falle auf Ermittelung der in der letztwilligen Verfügung zum Ausdrucke gelangten mens testatoris, also darauf ankomme, ob er bei einer darin gemachten Zuwendung den Bedachten zur Erbfolge im technischen Sinne (zu vergl. oben §. 177. II.) zu berufen gemeint gewesen oder nicht. Jetzt, nach Aufhebung des Grundsatzes „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“, wird es hauptsächlich der Gegenstand der Zuwendung sein, aus welchem auf das Eine oder Andere sich schliessen lässt*), indem namentlich die Zuwendung des ganzen Nachlasses oder eines aliquoten Theiles im Zweifel immer als directe Erbeinsetzung (§§. 2168, 2170 des B.G.B.), die Zuwendung bestimmter einzelner Sachen, Summen, Rechte u. s. w. dagegen in der Regel als Vermächtnisserrichtung, und zwar letzteres selbst dann aufzufassen sein sollte, wenn dabei der Bedachte als Erbe bezeichnet wäre (§§. 2171, 2181, 2184 des B.G.B.). Indessen würde selbst mit einer blossen Verfügung der letzteren Art dennoch die Absicht der Erbesernennung dann wieder als verbunden gedacht werden dürfen, wenn unter der Form einer Zuwendung blosser res certae der gesammte Nachlass wirklich erschöpft worden ist, oder doch nach der erkennbaren Absicht des Erblassers erschöpft werden sollte, da solchenfalls allerdings davon ausgegangen werden muss, dass die res certa lediglich als demonstratio partis totius hereditatis gelten solle. Einen Hauptfall enthält §. 2170 des B.G.B. Weitere Anwendungen des Principes sind zu vergleichen in §§. 2182,

---

*) Nach §. 2 des Erbfolgemandates vom 31. Januar 1829 war der in re certa Eingesetzte allerdings unter Umständen als Erbe zu behandeln. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. Bd. XIII. S. 55 f. u. Schluss dieses Paragraphen.

2183 d. B.G.B., und zwar sollen in solchen Fällen die sämmtlichen auf res certae Berufenen nicht wie nach gemeinem Rechte als an sich zu gleichen Theilen Eingesetzte und mit entsprechenden Vorvermächtnissen Bedachte, sondern als Repräsentanten des Erblassers nach Verhältniss des Werthes der ihnen zugewendeten Summen, Sachen oder Rechte zu behandeln sein.

II. Bei der Einsetzung Mehrerer ohne Angabe eines Erbtheiles (sine parte) fällt der Nachlass, wie nach Römischem Rechte, den Einzelnen zu gleichen Theilen zu, es müssten denn von diesen mehreren Erben wieder Einige durch die Satzverbindung der Einsetzungsworte oder durch ihre Einsetzung unter einer Gesammtbezeichnung dergestalt verbunden erscheinen, dass die Annahme gerechtfertigt ist, es solle den auf diese Weise Verbundenen zusammen wieder nur ein Theil gebühren. Also z. B. „ich ernenne zu meinen Erben 1. den A, 2. den B und C, 3. die Kinder meines Freundes D“ (§. 2175 des B.G.B.).

III. Bei einer Concurrenz von mehreren eingesetzten Erben, von denen Einer oder Einige auf bestimmte aliquote Theile, die Uebrigen oder Einer von ihnen dagegen sine parte eingesetzt sind, erhalten die sine parte Eingesetzten, wie nach gemeinem Rechte, den etwa verbleibenden Ueberschuss. Ist ein solcher aber nicht vorhanden, weil die aliquoten Theile den Nachlass schon erschöpfen oder gar übersteigen, so tritt nicht die Römischrechtliche Vertheilungsmodalität des dupondius und tripondius ein (zu vergleichen Müller, Institutionen, S. 740 ff.), sondern es findet eine verhältnissmässige Minderung der ideellen Theile insoweit statt, dass der oder die unbeschränkt Eingesetzten Gleichviel mit den beschränkt Eingesetzten, resp. mit denjenigen unter ihnen erhalten, welche am geringsten bedacht sind (§§. 2179, 2180 des B.G.B.). Waren dagegen in einem solchen Falle die unbeschränkt Eingesetzten ausdrücklich nur auf den Ueberschuss be-

rufen, so ist rücksichtlich ihrer die ganze Erbeinsetzung wegen Mangels ihrer Voraussetzung für ungültig zu betrachten (§. 2185 des B.G.B. a. E.).

IV. Ist endlich durch die letztwillige Verfügung der Nachlass nicht vollständig erschöpft worden, so hat man zwischen folgenden Fällen zu unterscheiden:

a. Wenn nur über einen aliquoten Theil des Nachlasses verfügt war, so haben die gesetzlichen und die Testamentserben nach Verhältniss der für sie freigebliebenen, resp. ihnen angewiesenen Nachlassquoten als Miterben zu concurriren (§. 2176 des B.G.B.).

b. Wenn der letzte Wille sich auf den Gesammtnachlass mit Ausschluss gewisser einzelner Sachen oder Summen bezog, über die auch nachher eine Verfügung von dem Erblasser nicht getroffen ist, so fallen diese einzelnen Sachen, Summen u. s. f. an die Intestaterben, welche insoweit zu den Testamentserben in das Verhältniss von Vermächtnissnehmern treten (§. 2172 des B.G.B.).

c. Hat umgekehrt der Erblasser nur über eine res certa oder mehrere dergleichen zu Gunsten Jemandes verfügt, so werden die Intestaterben auf den Gesammtnachlass excepta re berufen, und der Bedachte erhält von ihnen die zugewendeten Einzelsachen als Vermächtnissnehmer (§. 2171 des B.G.B.). Das Oberappellationsgericht nahm in diesem Falle gegenüber der einschlagenden Vorschrift in §. 2 des Erbfolgemandates zeither noch Erbenqualität des Eingesetzten an (Zeitschr. N. F. XIII. 55 ff.).

§. 191. **Die Nacherbeneinsetzung** (Vulgarsubstitution) **und Pupillarsubstitution.**

I. Bei der Nacherbeneinsetzung wird von dem Gesetzbuche fast durchweg an dem von der Vulgarsubstitution geltenden gemeinrechtlichen Grundsatze festgehalten, d. h. es erscheint darnach die Nacherbeneinsetzung als eine directe aber freilich bedingte Erbeinsetzung (§§. 2187,

2189 des B.G.B.). Das Transmissionsrecht geht dem Rechte aus der Nacherbeneinsetzung im Zweifel vor, und ebenso das Anwachsungsrecht wenigstens dann, wenn der Nacherbe an der Stelle mehrerer Erben ernannt ist, welche zu der Erbschaft oder einem aliquoten Theile derselben gemeinschaftlich, jedoch ohne Angabe, wie viel ein Jeder von ihnen erhalten soll, letzwillig berufen sind (§§. 2195, 2192 verb. mit §. 2273 des B.G.B.).

II. Wesentlich umgestaltet dagegen erscheint die sogenannte Pupillarsubstitution, insofern dabei die substitutio pupillaris und quasi pupillaris des gemeinen Rechtes folgendermaassen mit einander verschmolzen sind:

a. Das Recht, an Stelle ihrer leiblichen Kinder über deren dereinstigen Nachlass letztwillig zu verfügen, steht nicht bloss dem Vater sondern auch der Mutter (entfernteren Ascendenten dagegen nicht) zu, und auch der Mutter zunächst und unbedingt nur rücksichtlich ihrer ausserehelichen Kinder. Wegen ihrer ehelichen dagegen erst dann, wenn der Vater verstorben ist, ohne von seinem Rechte Gebrauch gemacht zu haben (§§. 2203, 2205 des B.G.B.).

b. Wesentliche Voraussetzungen dieses Rechtes sowohl auf Seiten des Vaters als der Mutter ist die eigene natürliche Unfähigkeit des Kindes letztwillig zu verfügen, gleichviel ob der Grund hiervon in dem Mangel des gesetzlichen Alters oder einer geistigen Störung oder (wie bei Taubstummen) in dem Mangel der Fähigkeit sich verständlich zu machen liegt. Eine über das Kind verhangene Prodigalitätserklärung begründet dagegen dieses Recht nicht (§. 2203 des B.G.B.).

c. Das älterliche Recht cessirt, wenn das Kind, bevor es unfähig wurde, selbst einen gültigen letzten Willen bereits errichtet haben sollte, und umgekehrt verliert der von dem Vater oder der Mutter gültigerweise für das Kind errichtete letzte Wille von selbst seine Kraft, wenn

dasselbe die eigene Verfügungsfähigkeit erlangt, resp. wiedererlangt. Soviel die von lichten Zwischenräumen unterbrochene Geistesstörung des Kindes anlangt, tritt dieser Effect jedoch nur dann ein, wenn das dilucidum intervallum zur Errichtung eines gültigen letzten Willens wirklich benützt worden ist (§§. 2204 und 2209 des B.G.B.).

d. Der kraft älterlichen Rechtes für das Kind errichtete letzte Wille ist nicht als letzter Wille des betreffenden Ascendenten, sondern als der des Kindes selbst zu beurtheilen. Deshalb sind auch die Pflichttheilserben des Kindes darin zu berücksichtigen. Schon die const. 8 pte. III. und dec. 47 von 1661 entschieden die Frage, ob der Vater, der seinem Kinde pupillariter substituirt, die Mutter des Kindes, sowie dessen sonstige väterliche und mütterliche Ascendenz darin zu bedenken habe, dahin, dass diese Ascendenten im Falle ihrer Uebergehung allerdings ein Klagrecht auf Gewährung der legitima haben sollten. Das Gesetzbuch im §. 2207 entzieht aber den Aeltern überhaupt das Recht, Pflichttheilserben des Kindes zu enterben, also — wie man darnach annehmen darf — selbst dann, wenn an sich gültige Enterbungsgründe vorhanden gewesen sein sollten.

e. Der in einem solchen kraft Aelternrechtes errichteten letzten Willen ernannte Erbe ist als directer, wenn auch bedingt eingesetzter Erbe des Kindes zu behandeln, und zwar als solcher ersten Grades. Mit der älterlichen Verlassenschaft tritt derselbe daher an sich in keinerlei Beziehung, und es ist weder nöthig, dass das Kind Erbe des für dasselbe testirenden Parens geworden sei, noch dass Letzterer überhaupt vorher oder gleichzeitig über seinen eigenen dereinstigen Nachlass letztwillig verfügt und das Kind zu seinem Erben eingesetzt habe (§. 2206 des B.G.B.).

§. 192. Von dem gemeinschaftlichen letzten Willen.

Das Gesetzbuch unterscheidet streng

a. zwischen testamentum simultaneum (gleichzeitig errichtetem letzten Willen),

b. testamentum reciprocum (wechselseitigem Testamente) und

c. testamentum correspectivum (von einander abhängigem Testamente).

Für den zu a. gedachten Punkt, welcher sich nur auf die Form der Errichtung der mehreren letzten Willen bezieht, gilt nach §. 2196 des B.G.B. das Besondere, dass hier mündliche aussergerichtliche Errichtung schlechthin ausgeschlossen ist. Bei den übrigen hiernach noch zulässigen Modalitäten genügt dagegen schon die einmalige Beobachtung der für sie vorgeschriebenen Förmlichkeiten*), nur dass bei schriftlichen Privattestamenten die zugezogenen Zeugen von jedem Erblasser besonders rogirt sein müssen (§. 2197 des B.G.B.).

Die zu b. gedachte Reciprocität dagegen hat es mit dem Inhalte der beiderseitigen Verfügungen zu thun, und setzt an sich nichts weiter voraus, als dass die mehreren Testirer in ihrer letztwilligen Verfügung sich wechselseitig auf den Todesfall bedacht haben müssen, während

zu c. die Correspectivität unter der Voraussetzung jener Gemeinschaftlichkeit der Form und dieser wechselseitigen Bezüglichkeit betreffs des Inhaltes diejenige eigenthümliche Wirkung der gedachten Verfügungen bezeichnet, wonach der Rechtsbestand der einen von dem der andern bedingt sein soll. Gegenüber der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie spricht §. 2199 des B.G.B. den wichtigen Satz aus, dass man aus der vorhandenen Reciprocität im Zweifel noch keineswegs auf eine beabsichtigte Correspectivität schliessen dürfe, vielmehr an

*) Ueber die gemeinrechtlich bestrittene formelle Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente ist zu vergl. Arndts, Lehrb., §. 500 Anm. 1 S. 759.

sich jeder der formell und materiell vereinigten Dispositionsacte seine Selbständigkeit soweit behaupte, dass z. B. die Gültigkeit der einzelnen Verfügung nach der Person ihres jedesmaligen Urhebers beurtheilt werden müsse, und der Wegfall der einen Disposition noch nicht ohne Weiteres den der andern nach sich ziehe (§§. 2198, 2199 des B.G.B.). Ausnahmen hiervon (also die Wirkungen der Correspectivität) treten ein, wenn das Gegentheil ausdrücklich von den Testirenden festgesetzt wird, und bei reciproken letzten Willen auch schon dann, wenn darin zugleich zu Gunsten dritter Personen auf den Fall des Todes des zuletzt Lebenden verfügt oder wenn über das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes disponirt, oder endlich wenn ausdrücklich auf das Recht des Widerrufes gegenseitig verzichtet worden ist (§§. 2200, 2201 des B.G.B.).

Aber selbst wo sich hiernach die Reciprocität im einzelnen Falle zur Correspectivität steigert, heisst das nicht so viel, dass nunmehr das Recht auf einseitigen Widerruf ganz ausgeschlossen wäre — nicht einmal der oben erwähnte ausdrückliche Verzicht auf das Widerrufsrecht, wenn er nicht unter den Formen des Erbvertrags erklärt worden ist, hat diese Wirkung (§. 2213 des B.G.B.) —, sondern lediglich soviel, dass der Widerruf des einen Theiles den letzten Willen des anderen Theiles, soweit derselbe correspectiver Natur ist, mit ausser Kraft setzt. Nur dann gehet das Recht zum Widerrufe selbst, aber allerdings erst nachträglich verloren, wenn der Ueberlebende auf Grund der gemeinschaftlichen Verfügung die Erbschaft des zuerst Verstorbenen angetreten hat, indem mit diesem Momente der correspective letzte Wille insoweit unter die Grundsätze des Erbvertrages tritt (§. 2214, Satz 2 des B.G.B.). Auf letzteren Fall bezog man zeither auch schon den Begriff des sogenannten „testamentum reciprocum so in vim pacti successorii errichtet wor-

den“, dessen das Generale zur Erläuterung der 9 Decision v. J. 1746 vom 15. Februar 1754 gedenkt (Annalen des O.A.G. Ä. F. II. S. 163 ff.). Ueber unser zeitheriges Recht ist sonst zu vergleichen Haubold, Lehrb., §. 343.

3. Unterabtheilung. Von der Wiederaufhebung, Bekanntmachung, Vollziehung des letzten Willens.

§. 193. Wiederaufhebung des letzten Willens.

Der Grund, warum ein ursprünglich gültiger letzter Wille nachmals seine Kraft verliert, kann liegen:

I. in dem blossen Zeitablaufe, insofern nämlich nach §. 2114 des B.G.B. nicht bloss wie nach Römischem Rechte das Militärtestament, sondern auch das testamentum pestis tempore conditum nach Verfluss einer gewissen Zeit und zwar in der Regel schon nach neunzig Tagen von Erledigung der Gefahr an, welche zu der privilegirten Form berechtigte, unwirksam werden soll (zu vergl. Verordnung vom 4. December 1867, §§. 43, 44);

II. bei letztwilligen Verfügungen eines Ehegatten zu Gunsten des Andern darin, dass die Ehe später durch richterlichen Ausspruch für getrennt erklärt, beziehentlich lebenslängliche Separation angeordnet wird (§. 2222 des B.G.B.). Im Gegensatze zu der verwandten Bestimmung bei der gesetzlichen Erbfolge der Ehegatten (zu vergl. oben §. 183, III.) genügt hier nicht schon das Anhängigmachen der Klage durch den Erblasser bei Gericht.

III. In dem Willen des Erblassers.

Der Freiheit des Widerrufs kann sich der Errichter nur in Form eines gültig errichteten Erbvertrages wirksam begeben (§. 2213 des B.G.B.). Insbesondere ist die sogenannte derogatorische Clausel selbst in der Fassung, dass der Erblasser seinen letzten Willen nur unter einer besonderen von ihm im Voraus festgesetzten Form widerruflich erklärt, in §. 2211 des B.G.B. als wirkungslos be-

zeichnet. Dagegen setzt die Fähigkeit zum Widerrufe in der Regel Fähigkeit zur Errichtung eines letzten Willens voraus (Ausnahme rücksichtlich des prodigus ist zu vergl. oben §. 176, II.). Abgesehen hiervon kann der Widerruf entweder

a. ausdrücklich erklärt, oder

b. nur ein aus gewissen Thatsachen zu folgernder sein.

Zu a. Der ausdrückliche Widerruf ist selbst wieder an die für letzte Willenserrichtungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten gebunden, gleichviel übrigens, ob mit dem Widerrufe die Errichtung eines neuen letzten Willens verbunden werden soll oder nicht, jedoch ist der Erblasser nicht gerade auf die Form beschränkt, deren er sich bei Errichtung des zu widerrufenden letzten Willens bedient hatte (§. 2212 des B.G.B.).

Insbesondere kann der Widerruf auch in einer der oben (§. 187, B., §. 188, B.) gedachten privilegirten Formen erfolgen, sobald deren Voraussetzungen vorliegen. Soweit dergleichen Verfügungen jedoch durch Zeitablauf ihre Kraft verlieren (vergl. oben unter I.), trifft dies auch den in ihnen erklärten Widerruf, so dass dann die widerrufene letztwillige Verfügung von selbst wieder auflebt (§. 2217 des B.G.B.).

Zu b. Zu folgern ist der Widerruf:

1. aus einer späteren letzten Willenserrichtung, jedoch nur dann und insoweit, wenn und inwieweit der neuere letzte Wille mit dem früheren unvereinbar ist, da an sich der Römischrechtliche Grundsatz, dass Niemand mit Hinterlassung mehrerer Testamente versterben könne, bei uns nicht mehr gilt. Sollte sich aber bei einer Mehrzahl von letzten Willen ihr gegenseitiges Altersverhältniss nicht feststellen lassen, und es fänden sich in ihnen unvereinbare Dispositionen, so gelten diese insgesammt nicht (§. 2216 verb. mit §. 2160 des B.G.B.).

2. Bei einem schriftlich errichteten letzten Willen aus der von dem Erblasser selbst oder in dessen Auftrage

von dritten Personen vorgenommenen Vernichtung der betreffenden Urkunde, wobei es quaestio facti bleibt, ob eine nur theilweise Vernichtung auch nur eine theilweise Ausserkraftsetzung nach sich ziehe (§§. 2219 und 2220 des B.G.B.). Dagegen thut zufälliger Untergang oder Verlust der Urkunde der Gültigkeit des letzten Willens keinen Eintrag. Nur muss, wenn derselbe vor dem Tode des Erblassers erfolgte, derjenige, der sich auf den betreffenden letzten Willen beruft, ausser dem Inhalte desselben auch noch den casuellen Untergang beweisen (§. 2300 des B.G.B.).

3. Bei einem gerichtlich übergebenen letzten Willen dann, wenn der Erblasser denselben in Person aus dem Gerichtsdepositum auf sein Verlangen zurückerhält (§. 2215 des B.G.B.). Die 44. Decision von 1661 enthielt bereits eine ähnliche Bestimmung; jedoch liess sie das Testament ungeachtet seiner Abforderung aus dem Gerichtsgewahrsam dann noch fortgelten, wenn sich dasselbe nachmals in dem Nachlasse des Testirers mit unversehrtem Gerichtssiegel vorfand.

IV. In der Vereitelung oder Erledigung sämmtlicher in dem letzten Willen enthaltener Dispositionen, wobei jedoch zu bemerken, dass die blosse Destituirung der Erbeinsetzung schon seit dem Erbfolgemandate §. 5 das Ungültigwerden der übrigen in dem letzten Willen enthaltenen Anordnungen nicht weiter zur Folge hatte.

§. 194. Von der Eröffnung, Bekanntmachung und Vollziehung des letzten Willens.

I. Rücksichtlich der Eröffnung und Bekanntmachung der letzten Willen sind die ausführlichen Vorschriften des Mandates: über die Eröffnung und Bekanntmachung der gerichtlich erklärten oder niedergelegten letzten Willen vom 30. October 1826 wenigstens zum Theile in das

Gesetzbuch §§. 2223 ff. und in die Gerichtsordnung §§. 10 ff. übergegangen. Darnach gehört:

1. die Eröffnung und Bekanntmachung eines gerichtlich errichteten letzten Willens jetzt ausschliesslich vor die Testamentsbehörde, d. h. diejenige, bei welcher die Errichtung erfolgt war, im Gegensatze zu der Erbschaftsbehörde, welcher nach früherem Rechte die Publication von der Testamentsbehörde überlassen werden konnte und in gewissen Fällen überlassen werden musste (§. 11 des angezog. Mandates).

2. Rücksichtlich des von dem Testamentsrichter zu beobachtenden Verfahrens hat man zu unterscheiden

a. zwischen dem Falle, wenn der natürliche Tod des Testators ausreichend constatirt ist, und

b. dem Falle, wenn der Errichter des letzten Willens für verschollen zu achten ist.

Zu a. kann der Richter auf Antrag eines Interessenten sofort zur Eröffnung verschreiten. Antragsberechtigt sind hier die zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Personen und überhaupt Jeder, der ein begründetes Interesse an der Bekanntmachung des letzten Willens beibringt, endlich ohne einen solchen Nachweis der Besitzer des über die Niederlegung des letzten Willens bei Gericht ausgestellten Empfangscheines (früher sogenannten Recognitionsscheines). Erfolgt ein solcher Antrag nicht, so hat der Richter jedenfalls den dreissigsten Tag nach des Errichters Tode abzuwarten, dann aber Amtshalber mit der Eröffnung zu verfahren.

Zu b. fragt es sich, ob für den Erblasser ein Abwesenheitsvormund bestellt ist, oder nicht. Im ersteren Falle hat sich der Richter darauf zu beschränken, diesem oder der Vormundschaftsbehörde, dafern dieselbe mit der Testamentsbehörde nicht zusammenfällt, von der Existenz des Testamentes Mittheilung zu machen. Anderenfalls

tritt das in §§. 11 ff. der Gerichtsordnung geordnete Verfahren ein.

3. Bei aussergerichtlichen oder in ausserordentlicher Form errichteten letzten Willen, deren gerichtliche Eröffnung der Erblasser angeordnet hat, oder die von der Erbschaftsbehörde im Nachlasse vorgefunden werden, ist die Eröffnung und Bekanntmachung von der letzteren Behörde unter analoger Anwendung der oben (unter 2.) gedachten Bestimmungen zu besorgen.

II. In §§. 2230 ff. enthält sodann das Gesetzbuch eine Reihe auf die Stellung des Testamentsvollstreckers bezüglicher Bestimmungen, aus denen nur hervorzuheben ist, dass dessen Function

a. entweder auf letztem Willen, Erbvertrag oder einem zwischen dem Erblasser und dem Vollzieher gerichtlich abgeschlossenen Vertrage, oder

b. auf einer zwischen dem berufenen Erben und dem Vollzieher getroffenen Uebereinkunft beruhen kann. In dem Falle

zu a. haben die Erben und etwaigen Singularsuccessoren die erfolgte Ernennung des Vollziehers gegen sich gelten zu lassen und sind nur in den im §. 2241 des B.G.B. gedachten Fällen berechtigt, dessen Entlassung zu verlangen.

In beiden Fällen (unter a. und b.) steht er aber zu ihnen nur in dem Verhältnisse eines Mandatars.*) Zu der Vertretung des Nachlasses in activer oder passiver

---

*) Ueber die Stellung des Testamentsvollstreckers ist zu vergleichen die Abhandlung von Dr. P. Hinschius in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen no. XXII. S. 518 ff. und no. XXVII. S. 656 ff. Wesentlich abweichend von der im Texte festgehaltenen und der Ansicht von Gerbers (System des Deutschen Privatrechtes §. 265, S. 688 f. der IX. Auflage) ist die von Beseler in der Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. IX. S. 173 ff.

Beziehung ist derselbe daher weder berechtigt noch verpflichtet (§§. 2240, 2244 des B.G.B.).

Abtheilung II. Vertragsmässige Erbfolge.

§. 195. Aelteres Recht.

Die Lehre von dem acquisitiven Erbvertrage finden wir zur Zeit der Constitutionengesetzgebung noch völlig unentwickelt. Es zeigt sich dies theils in der Behandlung der „pacta dotalia (Ehestiftungen), welche in vim ultimae voluntatis errichtet worden sind", welche im Gegensatze zu den sogenannten Ehestiftungen in vim contractus als jederzeit widerruflich galten (c. 43 pte. II. — Gottschalk, Ztschr.f.Rtspfl. N. F. I., 297ff. —), theils ergiebt sich solches aus der Anwendung, welche die damalige Jurisprudenz von der const. 1 pte. III. machte, die, obwohl sie zunächst von den Deutschrechtlichen Vergabungen von Todeswegen handeln wollte (Sachsenspiegel, B. II, Art. 30.), doch lediglich auf donationes omnium bonorum mortis causa in einem Romanisirenden Sinne bezogen wurde (Weiske, prakt. Untersuchungen, Heft I., die Uebergabe auf den Todesfall, S. 83 ff.). Erst die dec. 13 von 1746 brachte das Institut der von ihr sogenannten pacta successoria neben den Ehestiftungen und über deren Sphäre hinaus zu selbständiger gesetzlicher Anerkennung, und wenn wir auch die Decision noch in der Vorstellung jener Pacta als rein obligatorischer Verträge befangen sehen, so liefert dieselbe doch bereits die hauptsächlichsten Grundlinien für die spätere wissenschaftliche Ausbildung unserer Lehre. Insbesondere schliesst dieselbe

1. die einseitige Widerruflichkeit solcher Verträge schlechthin aus, und bestimmt namentlich, dass ihnen zuwider weder ein Testament, letzter Wille, noch eine do-

natio mortis causa aufgerichtet werden könne. Ferner erkennt sie

2. den Grundsatz an, dass dergleichen Verträge nur auf dasjenige Vermögen zu beziehen seien, was nach dem Ableben des Promittenten dereinst vorhanden sein werde, trat also der Auffassung entschieden damit entgegen, als ob aus einem Erbeinsetzungsvertrage bereits ein definitives Recht an dem gesammten gegenwärtigen Vermögen des Promittenten zur Zeit der Vertragserrichtung erworben werden könne.. Demgemäss wahrt die Decision

3. dem Promittenten des Vertragserben gegenüber das Recht, mittelst Geschäften unter Lebenden über sein Vermögen frei zu verfügen, stellt also insoweit den Vertragserben mit dem Testamentserben auf gleiche Linie. Indessen statuirt sie doch die Möglichkeit, dass sich der Promittent auch dieses seines Verfügungsrechtes inter vivos begebe, verlangt aber hierzu ausdrücklichen Verzicht und zwar soll Letzterer, insoweit es sich dabei um Immobilien handele, nur dann von Wirkung sein, wenn der Vertrag vor dem Judex rei sitae errichtet, von diesem confirmirt und in den Gerichtshandelsbüchern der damaligen Zeit annotirt worden sei. An die Stelle dieser Form ist im späteren Rechte der Eintrag einer Dispositionsbeschränkung auf dem Folium des betreffenden Grundstücks in der zweiten Rubrik getreten. Soweit dagegen aussenstehende Capitalien durch einen derartigen Verzicht betroffen werden sollten, verlangte die Decision zu dessen Wirksamkeit gerichtliche Notificationsertheilung an den betreffenden Schuldner. Zugleich folgt aber

4. auch e contrario hieraus, dass zur Errichtung des Erbvertrages an sich von der Decision eine besondere Formbeobachtung nicht für erforderlich erachtet worden ist.

§. 196. **Recht des Gesetzbuches.**

Das Gesetzbuch behandelt den acquisitiven Erbvertrag (im Gegensatze also zu dem erst weiter unten zu berücksichtigenden Erbverzichte) als einen selbständigen, d. h. dem Gesetze und dem einseitigen letzten Willen coordinirten Delationsgrund, der sich bald auf die unmittelbare Gesammtnachfolge, bald auf Anwartschaften und selbst auf blosse Vermächtnisse beziehen könne (§. 2542 des B.G.B.). Hier interessirt nur die erstere Seite, der sogenannte Erbeinsetzungsvertrag.

I. Rücksichtlich der Form unterwirft es denselben schlechthin den für Errichtung einseitiger letzten Willen vorgeschriebenen Solennitäten, und zwar lässt es hier sogar nur die Form für gerichtliche Willenserrichtung nach (§. 2546 des B.G.B.). Gleichwohl ist es der in neuerer Zeit sich hier und da geltend machenden Auffassung des Erbeinsetzungsvertrags als einer blossen mit vertragsmässigem Verzichte auf den Widerruf verbundenen testamentarischen Erbeinsetzung (Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, S. 9 ff.) insofern entschieden ungünstig, als es die aus dieser Auffassung zu ziehende Consequenz ausdrücklich abweist, dass nämlich unter Umständen ein als solcher ungültiger Erbvertrag wenigstens als einseitiger letzter Wille aufrecht erhalten werden könne (§. 2547 des B.G.B.).

Abgesehen von jenem Formerfordernisse steht

II. der Erbvertrag rücksichtlich seiner Eingehung im Allgemeinen unter den für Verträge geltenden Grundsätzen, so dass also namentlich die für die Fähigkeit zu Errichtung einseitiger letzter Willen angenommene Altersgrenze (oben §. 185) hier nicht hinreicht. Ja es werden sogar an die Handlungsfähigkeit des Promittenten hier noch weiter gehende Anforderungen als selbst bei Verträgen gemacht, insofern Handlungsunfähige und für

ihre Person Bevormundete überhaupt nicht, also selbst nicht mit Einwilligung ihrer Vormünder, resp. Väter, und Geisteskranke selbst nicht in lichten Zwischenräumen gültiger Weise einen Erbvertrag errichten können (§§. 2544, 2545 des B.G.B.). Zugleich darf man aber auch aus dieser Ausschliessung der gesetzlichen Vertreter folgern, dass das Gesetzbuch, wie beim einseitigen letzten Willen, so auch beim Erbvertrage auf Seiten des Promittenten wenigstens eine Stellvertretung überhaupt nicht habe zulassen wollen.

III. Betreffs der Wirkungen ist dagegen die vertragsmässige Erbfolge bis auf ihre regelmässige Unwiderruflichkeit der testamentarischen durch das Gesetzbuch noch mehr genähert, als in der gemeinrechtlichen Doctrin zumeist angenommen wird.

Indem der Erbeinsetzungsvertrag gleich dem Testamente zunächst nur einen Delationsgrund liefert, sollen auch

a. die dem Erbvertrage beigefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen ganz nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sein, welche insoweit bei einseitigen letzten Willen zur Anwendung kommen (§. 2549 des B.G.B.), also werden namentlich perplexe sowie unmögliche oder unsittliche Bedingungen die Erbeinsetzungsverträge nicht (wie andre Verträge) ungültig machen, sondern (wie bei einseitigen letzten Willen) als nicht beigefügt zu gelten haben (§§. 877 ff. 884, 886 verb. mit §§. 2125, 2128, 2130 des B.G.B.). Ferner ist

b. in Betreff eines möglichen Anwachsungsrechtes der Vertragserbe dem testamentarischen Erben nunmehr völlig gleichgestellt (§. 2552 des B.G.B.), während

c. die gemeinrechtliche Streitfrage: ob der Vertragserbe Anspruch auf den Abzug der quarta Falcidia habe, ferner: ob auf die Notherben des Vertragserblassers ein Recht auf Restitution nur dem Testamente, oder auch dem Erbeinsetzungsvertrage gegenüber zu statuiren sei,

nach dem Rechte des Gesetzbuches einerseits durch eine vollständige Beseitigung jener Quartabzüge, anderseits dadurch sich erledigen, dass ein Recht gewisser Personen auf formelle Erbeinsetzung gegenwärtig überhaupt nicht mehr besteht, ihr etwaiger Pflichttheilsanspruch aber dem Erbvertrage, wie dem einseitigen letzten Willen gegenüber völlig gleichmässig zur Geltung kommt (§§. 2600 f. des B.G.B.). Dabei ist vorausgesetzt, dass nicht eine Enterbung des Pflichttheilsberechtigten erfolgt ist, die aber freilich nicht im Erbvertrage selbst, sondern im einem letzten Willen gültiger Weise geschehen kann (§. 2595 des B.G.B.).

IV. Mit der regelmässigen Unwiderruflichkeit des Erbeinsetzungsvertrages geht die Verfügungsfreiheit des Promittenten unter Lebenden nach wie vor Hand in Hand. Nach beiden Seiten hin sind jedoch Ausnahmen denkbar; in letzterer Beziehung die schon im §. 195 erwähnten (§. 2548 des B.G.B.) in ersterer Hinsicht insofern, als §. 2555 des B.G.B. die Zulässigkeit eines ausdrücklichen Widerrufsvorbehaltes statuirt, welchenfalls für die Form des Widerrufs die oben §. 193, III. gedachten Grundsätze gleichfalls Platz greifen.

Selbst abgesehen aber von einem derartigen ausdrücklichen Widerrufsvorbehalte leidet auch die oben in §. 193, II. erwähnte Vorschrift wegen der Aufhebung der zu Gunsten eines Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügungen auf Erbverträge ebenfalls Anwendung (§. 2557 des B.G.B.).

V. Die Wirkungslosigkeit des Versprechens, Jemanden letztwillig zu bedenken, oder mit ihm einen Erbvertrag einzugehen, bleibt trotz der hinzutretenden Acceptation des Promissars auch künftig aufrecht erhalten (§. 2559 des B.G.B.), und ebenso sind die über die Erbschaft eines Dritten bei dessen Lebzeiten abgeschlossenen Verträge auch künftig nicht als Erbverträge zu behan-

deln, vielmehr wie nach Römischem Rechte der Regel nach nichtig, ausgenommen, wenn der Dritte dem Vertrage ausdrücklich beigetreten sein und nachmals nicht etwa eine ihm zuwiderlaufende Verfügung getroffen haben sollte (§. 2563 des B.G.B.). Unser zeitheriger Gerichtsbrauch (Curtius, Handbuch, §. 830, Note b.) hatte sich insoweit vom Römischen Rechte entfernt und einen Vertrag der letzteren Art für völlig gültig erklärt.

Capitel III. Von dem Erwerbe der Erbschaft.

§. 197. Antretung und Ausschlagung.

I. Gleich unserem zeitherigen Rechte (Erbfolgemandat §. 124) hält auch das Gesetzbuch ausnahmslos an dem Satze fest, dass es für den Berufenen, um Erbe zu werden, neben der erfolgten Delation unter allen Umständen auch noch einer Willenserklärung seinerseits, Erbe sein zu wollen, bedürfe, so dass von einem ipso jure eintretenden Erbschaftserwerbe, wie solcher nach älterem Deutschen Rechte, insbesondere nach dem Sachsenspiegel*) regelmässig, nach dem Römischen Rechte wenigstens in gewissen Fällen stattfindet, nirgends mehr bei uns die Rede sein kann (§. 2250 des B.G.B.). Dies bringt es mit sich, dass eine Anzahl der Römischrechtlichen Sätze über Form, Zeit und sonstige Beschaffenheit der Antrittserklärung, die im Römischen Rechte zunächst nur vom heres voluntarius galten, jetzt rücksichtlich aller Arten von Erben (einschliesslich der Vertragserben) Aufnahme gefunden haben (§§. 2251 ff. des B.G.B.). Festgehalten wird dabei nicht bloss die Gleichgeltung einer ausdrücklich erklärten und einer aus concludenten Handlungen nur zu folgernden Willenserklärung (§§. 2252 f. des B.G.B.), sondern auch

*) Sachsenspiegel B. III. Art. 83 §. 1, B. I. Art. 33. — von Gerber, System des Deutschen Privatr. §. 248, not. 11.

die Wirkungslosigkeit einer vor dem Anfalle der Erbschaft erklärten oder an Zeitbestimmungen, resp. Bedingungen oder quantitative Beschränkungen geknüpften Antretung oder Ausschlagung (§§. 2251, 2254, 2258 des B.G.B.) — letzteres im Gegensatze zum vertragsmässigen Erbverzichte oben §. 198 —. Die Möglichkeit des Antrittes oder der Ausschlagung der Erbschaft durch gehörig autorisirte Stellvertreter, seien dies freie, oder gesetzliche, ist jetzt eine ganz allgemeine, und ebenso bringt es die Beseitigung des Grundsatzes „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ von selbst mit sich, dass ein zu mehreren Erbportionen zu der einen bedingt, zu der andern unbedingt berufener Erbe die Erbschaft rücksichtlich der einen gültiger Weise antreten, rücksichtlich der andern ausschlagen kann, dass ferner ein theils direct eingesetzter, theils substituirter Erbe nicht genöthigt ist, beide Portionen anzunehmen oder auszuschlagen (§§. 2262, 2263 des B.G.B.).

II. Anlangend die Frist, binnen welcher die Antretung resp. Ausschlagung zu erfolgen hat, so kann dieselbe bei uns entweder auf gesetzlicher Vorschrift oder auf richterlicher Verfügung oder auf der Anordnung des Erblassers beruhen.

1. Gesetzliche Deliberationsfristen kannte unser zeitheriges Recht in zwei Fällen, insofern

a. die dec. 57 von 1661 verb. mit Erledigung der Landesgebrechen von 1661 Titel von Justitiensachen §. 70, abweichend von dem gemeinen Rechte dem Berufenen eine ipso jure a tempore notitiae laufende einjährige Frist mit der Wirkung setzte, dass derselbe, wenn er innerhalb dieses Zeitraumes sich nicht erkläre, als Erbe behandelt werden solle; während

b. nach §. 16 des geschärften Banqueroutiermandates von 1766 den Berufenen dann, wenn der Nachlass sich in überschuldetem Zustande befand, eine nur achtwöchige

Deliberationsfrist verstattet war, und zwar hier mit der umgekehrten Wirkung, dass wenn er diese unbenutzt verstreichen lasse, er als ausschlagend behandelt werden solle. Die sub a. gedachte für Abschneidung von Beweisfragen rücksichtlich der passiven Sachlegitimation eines Erben praktisch wichtige Bestimmung hat das bürgerliche Gesetzbuch §. 2265 ausdrücklich wiederholt. — Daneben ist aber auch

2. das gemeinrechtliche Institut einer durch den Richter auf Ansuchen der Gläubiger, Vermächtnissnehmer, Nacherben u. s. f. zu setzenden peremtorischen Erklärungsfrist von dem Gesetzbuche §. 2266 wieder aufgenommen, wenn auch zum Theile in modificirter Gestalt. Die Länge der Frist ist in das Ermessen des Richters gestellt, jedoch soll sie nicht unter zwei Monaten bestimmt werden. Die Wirkung des Ausbleibens einer fristgemässen Erklärung ist in allen Fällen hier die gleiche, nämlich (im Gegensatze zu dem Falle oben 1 a.) die des ohne Weiteres eintretenden Verlustes des Erbrechtes, so dass sich der gemeinrechtliche Unterschied, ob die Frist dem Gläubiger resp. Vermächtnissnehmer oder ob sie dem Nacherben, resp. Anwärter gegenüber laufe, fortan erledigt (Arndts, Lehrb. der Pand., §. 509). Auch soll dem Erben mit gleicher Wirkung innerhalb dieser Frist die Erfüllung einer ihm von dem Erblasser auferlegten Potestativbedingung aufgegeben werden können.

Nach den speciellen Motiven haben diese Bestimmungen den Zweck, die oben 1 b. gedachte Vorschrift des Banqueroutiermandates zu ersetzen, so dass letztere, obwohl es an sich ihrem Inhalte nach und mit Rücksicht auf §. 3 unter 7 der Publicationsverordnung denkbar wäre, nicht noch daneben als fortgeltend angesehen werden kann.

Abgesehen hiervon kann endlich

3. auch schon der Erblasser eine Frist zur Erklärung

bestimmt haben, die dann immer von selbst die Bedeutung haben soll, dass das jus succedendi beim Mangel einer tempestiven Erklärung verloren gehe (§. 2264 des B.G.B.).

4. Stirbt der Berufene während des Laufes der Deliberationsfrist ohne sich erklärt zu haben, so transmittirt er sein Recht in allen Fällen auf seine Erben (zu vergl. oben §. 178 A. 2, Bd. II. S. 150), und zwar läuft diesen die vorstehend zu 1 a. gedachte einjährige Frist von erlangter Wissenschaft von dem Anfalle der beiderseitigen Nachlässe an von Neuem. Ebenso muss in den Fällen unter 2. die richterliche Fristsetzung ihnen gegenüber wiederholt werden und nur in dem Falle unter 3. müssen die Erben des Berufenen den theilweisen Fristenablauf gegen sich gelten lassen.

III. So lange die Antretung oder Ausschlagung noch nicht erfolgt oder für erfolgt zu achten ist, ruht die Erbschaft und ist dieselbe während dieses Zeitraumes ebensowohl Vermehrungen zugänglich als Verminderungen ausgesetzt; soweit solche ohne Vermittelung einer Willenshandlung vor sich gehen können. Während dieser Zeit kann aber zur gerichtlichen Bestellung eines Vertreters (curator hereditatis) für die Verlassenschaft verschritten werden, und zwar muss das Erbschaftsgericht solches schon von Amtswegen thun, wenn alle Erben unbekannt sind. Sind sie zwar bekannt, deliberiren aber noch, so ist ein Antrag der Gläubiger, Vermächtnissnehmer u. s. w. abzuwarten (§. 2247 des B.G.B.). Ein solcher Nachlassvertreter gilt dann im Gegensatze zu dem oben §. 60 unter II. gedachten Testamentsvollstrecker als einstweiliger Repräsentant des Verstorbenen. Ihm liegt zunächst zwar nur die custodia rücksichtlich der Verlassenschaft ob, weshalb er auch zu Veräusserungen, ingleichen zu Processführungen (activ und passiv) nur innerhalb der hierdurch vorgezeichneten Grenzen befugt ist. Insofern jedoch §. 2248 des B.G.B. a. E. im Uebrigen auf die Analogie

der Altersvormundschaft verweist, wird man ihn auch zur Vornahme von Erwerbshandlungen im Interesse der Erbschaft für befähigt erachten dürfen, z. B. Besitzerwerb. Sobald übrigens auch nur ein einziger Erbe von den mehreren Berufenen sich legitimirt und den Nachlass anzutreten erklärt, erlischt die Function des Nachlassvertreters von selbst (§§. 2247 ff. des B.G.B.).

IV. Weder mit der oben unter II. gedachten Deliberationsfrist noch mit den unter III. erwähnten Grundsätzen rücksichtlich der hereditas jacens ist das Altsächsische Institut des sogenannten d i e s t r i c e s i m u s zu verwechseln. Dasselbe beruht auf dem Sachsenspiegel B. I. Artt. 20, 22, wo von einem Zeitraume von der Dauer eines Monates, vom Tode des Erblassers an gerechnet, die Rede ist. Ursprünglich hatte dieser Zeitraum wohl nur die Bedeutung eines tempus luctus, innerhalb dessen die nächsten Hinterbliebenen weder von den Gläubigern des Nachlasses noch von den Legataren und selbst nicht von den Erben, soweit letztere mit den soeben erwähnten Angehörigen nicht identisch waren, beunruhigt werden durften. An dieser Vorstellung eines einstweiligen Stillstandes des Haushaltes, sowie der sonstigen vermögensrechtlichen Beziehungen des Verstorbenen knüpfte sich später bisweilen geradezu die Vorstellung einer Fiction des Fortlebens des Erblassers bis zum Tricesimus, und auch unser zeitheriges Particularrecht hat noch ziemlich zahlreiche Rückwirkungen dieser Auffassung aufzuweisen. So z. B. const. 32. pte. III.; — dec. 12 von 1746 — Generale „die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldforderungen betreff.“, vom 14. December 1801, §. 9. — In das Gesetzbuch ist dieselbe jedoch nur sehr beschränkt übergegangen. Abgesehen von der bereits oben §. 194 in der Lehre von der Testamentspublication unter I. 2 a. Bd. II. S. 198 erwähnten Reminiscenz (§. 2227 des B.G.B.) ist hierher nur etwa noch die Bestimmung in §. 2249 des

B.G.B., sowie §. 2437 des B.G.B. zu rechnen, nach deren ersterer Personen, die mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft lebten, die ihnen von demselben zu verabreichen gewesene Alimentation einschliesslich des Wohnungsrechtes bis zum dreissigsten Tage nach dem Tode des Verpflichteten auch von den Erben noch fort verlangen können, während der zuletzt erwähnte Paragraph dem Tricesimus rücksichtlich der Vermächtnisse noch insofern eine Bedeutung einräumt, als diese vor Ablauf eines Monates nach dem Tode des Erblassers von den Erben überhaupt nicht gefordert werden können.

§. 198. Regelmässige Wirkungen der Ausschlagung der Erbschaft, beziehentlich des Erbverzichts, sowie des Antrittes der Verlassenschaft.

I. Der Ausschlagende soll nach dem Gesetzbuche, abgesehen von einer zu Gunsten der concurrirenden Miterben etwa anzustellenden Pflichttheilsberechnung, so behandelt werden, als sei er vor dem Erblasser verstorben und als habe er somit den Erbanfall gar nicht erlebt (§§. 2261, 2571 des B.G.B.). Demzufolge fällt die Erbschaft nunmehr Demjenigen an, dem sie in diesem letzteren Falle gleich anfangs deferirt worden wäre, also bei der gewillkürten Erbfolge dem Nacherben, wo ein solcher ernannt ist, resp. den Miterben, wenn ein Accrescenzfall im Sinne des nachfolgenden §. 199 vorliegt, eventuell dem Intestaterben, und wenn der Ausschlagende selbst schon ein gesetzlich Berufener war, Demjenigen, der abgesehen von ihm zur Zeit des Todes des Erblassers der nächste gesetzliche Erbe gewesen wäre. Hierbei kommt den Descendenten des Ausschlagenden nach jetzigem Rechte in allen Fällen der oben §. 181 unter I. Bd. II. S. 159 erwähnte Grundsatz zu Statten, dass das ihnen in diesem Falle angebotene Successionsrecht ein selbständiges und nicht aus der Person des ausschlagenden Parens abgeleitetes sei.

II. Nicht zu verwechseln mit der Ausschlagung einer deferirten Erbschaft ist aber der bereits bei Lebzeiten des Erblassers vertragsmässig geleistete Verzicht auf die künftig zu deferirende Erbschaft. Zum Unterschiede von dem blossen pactum de renunciando (welches, soweit es nicht als pactum de hereditate tertii in Gemässheit des oben §. 196 a. E. gedachten Grundsatzes überhaupt für nichtig zu achten sein sollte, immer nur erst eine obligatorische Verpflichtung des Promittenten zu dereinstiger Ausschlagung der Erbschaft nach erfolgtem Anfalle begründen könnte), schliesst der wirkliche Erbverzicht, welcher mit dem Erblasser selbst als abgeschlossen zu denken ist, den Eintritt der Delation von vornherein aus. Deshalb ist auch der Verzichtende nicht einmal bei der Berechnung des Pflichttheils etwaiger Miterben mitzuzählen (im Gegensatze zu dem oben unter I. i. A. Gesagten), ausgenommen, wenn mit dem Verzichte eine vorgängige Abfindung des Verzichtenden für sein dereinstiges Erbrecht verbunden war (§. 2572 des B.G.B.). Die früheren Streitfragen, welche theils betreffs der Form eines Erbverzichtes (ob nämlich zu dessen Gültigkeit eidliche Bestärkung gehöre: const. 35 pte. II. — Abhandlung in Schwarze und Heyne, Untersuchung praktisch wichtiger Materien S. 44 ff.), theils rücksichtlich der Wirkungen des Verzichts auf die Descendenten des Verzichtenden (zu vergl. oben §. 181, I.) bestanden, erledigt das Gesetzbuch dahin, dass es für den Erbverzicht im Gegensatze zu dem acquisitiven Erbvertrage (oben §. 196, I.) eine besondere Form nicht vorschreibt (§. 2560 des B.G.B.), und dass es dessen Wirkungen an sich nur auf die Person des Verzichtenden beschränkt, dabei aber wie bei Erbeinsetzungsverträgen (§. 2551 des B.G.B.), so auch hier beim Erbverzichte allerdings gestattet, beide (Erbeinsetzungsvertrag und Erbverzicht) ausdrücklich auf die Erben des Promissars resp. des Verzichtenden mit zu

stellen (§. 2561 des B.G.B.), welchenfalls dieselben auch auf die Abkömmlinge unter der Voraussetzung zurückwirken, dass sie Erben ihres Parens geworden seien.

III. Durch den Antritt der Erbschaft wird ein Repräsentationsverhältniss zwischen dem Erben und dem Erblasser dergestalt hergestellt, dass der Erstere

a. in die gesammten Vermögensrechte des Letzteren, soweit dieselben überhaupt übertragbar sind (oben §. 177, unter no. I. Bd. II. S. 147), eintritt. Wegen der Rechte, deren Erwerb an die Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche geknüpft ist, und wegen des diesfalls bestehenden theilweisen Unterschiedes zwischen Eigenthum und hypothekarischen Forderungen ist zu vergl. oben Sachenrecht §. 59, II. Bd. I. S. 215, und §. 76, I. Bd. I. S. 283, dazu §. 197 der Gerichtsordnung. Der Erwerb des Besitzes an den in der Erbschaft befindlichen Sachen setzt dagegen immer eigene Besitzergreifung seiten des Erben voraus (§. 2288 des B.G.B.). Ueber das in letzterer Beziehung abweichende alte Sächsische Recht ist zu vergl. Haubold, Lehrbuch, §. 353. — Ebenso gehen

b. ausser den eigentlichen Lasten der Erbschaft auch die persönlichen Verbindlichkeiten des Erblassers, soweit sie nicht ihrer Natur nach mit dessen Tode erlöschen (oben §. 178, I. Bd. II. S. 147), auf die Erben über, jedoch erstreckt sich die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers bei uns in allen Fällen nicht über den Betrag der Erbschaft hinaus. Der Sachsenspiegel B. I. Art. 16 ging sogar soweit, den Erben nur bis zum Betrage der in der Erbschaft begriffenen fahrenden Habe für Bezahlung der Erbschaftsschulden haftbar zu machen. *) Die dec. 57 von 1661 nimmt aber den Werth des Ge-

*) An den Immobilien war die Familie im Ganzen rechtlich interessirt. Sachsenspiegel, B. I. Art. 52, §. 1. — von Gerber, System etc., §. 81, S. 197 f. der IX Auflage.

sammtnachlasses einschliesslich der Immobilien hierbei zum Maassstabe und statuirt nur im Falle einer den Erben zur Last fallenden „vortheilhaften Gefährde“ eine darüber hinausgehende Haftung desselben (übereinstimmend mit Erl. der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661, §. 70 Schlusssatz). Das Gesetzbuch im §. 2328 ist ohne des Falles des dolus besonders zu gedenken bei obigem Principe stehen geblieben. Nur hat man dasselbe wie schon zeither nicht etwa so zu verstehen, als ob die Erbschaftsgläubiger sich schlechterdings bloss an die einzelnen vorhandenen Nachlassobjecte in natura zu halten berechtigt wären, sondern es soll damit nur gesagt sein, dass sich der Umfang der Haftung des Erben für die Nachlassschuld nach dem jedesmaligen Werthsbetrage der hereditas bestimme, so dass derselbe eintretenden Falles innerhalb dieser Grenzen für die Bezahlung der Schulden auch aus eigenen Mitteln aufzukommen verpflichtet sein würde. Der gemeinrechtliche, rücksichtlich der Ersatzforderung aus Delicten des Erblassers geltende ähnliche Grundsatz verliert somit bei uns sein Eigenthümliches, und ebenso könnte es scheinen, als ob hierdurch das beneficium inventarii des Justinianeischen Rechtes völlig entbehrlich geworden sei. Gleichwohl ist die von dem Erben innerhalb Jahresfrist von dem ihm kundgewordenen Erbanfalle an zu bewirkende gerichtliche oder notarielle Inventarisirung des Nachlasses, wie solche §. 2331 des B.G.B. dem Erben nachlässt, insofern für denselben immer noch von Nutzen, als er dadurch das Recht erhält, die sich meldenden Nachlassgläubiger resp. Vermächtnissnehmer, Anwärter u. s. f. ohne Rücksicht auf die Sufficienz des Nachlasses, sowie ohne Prüfung der ihnen im Falle eines Concursausbruches etwa zur Seite stehenden Prioritätsrechte zu befriedigen, sowie wegen seiner eigenen an sich durch Confusion erlöschenden Forderungen an den Nachlass (§. 2285 des B.G.B.) aus demselben sich bezahlt zu

machen. Die nach vollständiger Erschöpfung der Nachlassmasse sich meldenden Forderungsberechtigten kann der Erbe solchenfalls zur Regressklage gegen die früher Befriedigten verweisen, während er ausserdem mit dem blossen Nachweise des Erschöpftseins der Erbschaft sich nicht mit Erfolg schützen, sondern vorbehältlich des von ihm selbst an die früher Befriedigten zu nehmenden Regresses einer beziehentlich verhältnissmässigen Befriedigung der sich später Meldenden aus eigenen Mitteln sich nicht entbrechen könnte (§§. 2331, 2332 des B.G.B.). Der förmlichen Inventarerrichtung steht übrigens eine binnen gleicher Frist vom Erben bei Gericht eingereichte auf Erfordern eidlich zu bestärkende Privatspecification des Nachlasses in ihren Wirkungen gleich, namentlich auch insofern, als einem derartigen Erben nach dem Mandate (I): die Edictalcitationen ausserhalb des Concurses betreff., vom 13. November 1779 unter I. 3, das Mittel zu Gebote steht, durch Beantragung öffentlicher Vorladung der unbekannten Gläubiger des Erblassers sich über die Kräfte des Nachlasses Gewissheit zu verschaffen. Eines ausdrücklichen Vorbehaltes des Erben beim Nachlassantritte, dass er das beneficium inventarii für sich in Anspruch nehme, bedarf es nicht; jedoch kommen ihm die Vortheile der rechtzeitigen Inventarienerrichtung überall nur unter der Voraussetzung zu Statten, dass die Ueberschuldung des Nachlasses ihm nicht etwa erweislich bekannt gewesen, oder doch zu befürchten stand.

c. Eine weitere, gleichfalls auf dec. 57 beruhende Singularität unseres zeitherigen Rechtes, wonach der Erbe sich selbst nach erfolgtem Antritte des Nachlasses innerhalb Jahresfrist von dessen Anfalle an gerechnet unter der Voraussetzung einer von ihm herauszugebenden eidlichen Specification von dem Nachlasse wieder lossagen konnte, ist durch unsere Gesetzgebung beseitigt, insofern der Antritt der Erbschaft ebenso wie deren Ausschlagung im

§. 2260 des B.G.B. für schlechthin unwiderruflich erklärt worden ist. Indessen tritt bei vorhandener Insolvenz der Verlassenschaft die Wirkung einer Ausschliessung der confusio zu Gunsten der eigenen Nachlassforderungen des Erben auch ohne vorgängige Inventarerrichtung schon kraft des Gesetzes immer ein, nur dass der Erbe beim Mangel eines Inventars auf die bloss verhältnissmässige nach den Grundsätzen des Concursrechtes sich bestimmende Selbstbefriedigung beschränkt bleibt, obschon er den etwaigen Begräbnissaufwand, sowie die Kosten der Testamentseröffnung u. s. f. auch in diesem Falle als Masseforderungen voll vorweg in Abzug zu bringen berechtigt ist.

III. Ein jener beschränkten Haftung der Erben correlates Recht der Gläubiger, Vermächtnissnehmer u. s. f. ist das ihnen zustehende Befugniss, auf Separation des Nachlasses anzutragen, falls ihnen aus der Vermischung desselben mit dem eigenen Vermögen des Erben Nachtheil zu erwachsen droht, um sich auf diese Weise ihre Befriedigung aus den eigentlichen Nachlassbestandtheilen zu sichern (§§. 2333 ff. des B.G.B.). Dieses Recht erlischt aber nicht bloss innerhalb Jahresfrist von Antretung der Erbschaft an (§. 2342 des B.G.B.), sondern auch schon dann und insoweit, als eine nicht mehr rückgängig zu machende Vermischung des Erbvermögens mit dem eigenen des Erben im einzelnen Falle stattgefunden haben sollte (§. 2341 des B.G.B.). Wird dieses Separationsrecht nur von einem Einzelnen der mehreren Berechtigten in Anspruch genommen, so soll es doch ipso jure auch den Uebrigen mit zu Statten kommen (§. 2339 des B.G.B.).

§. 199. Von dem Anwachsungsrechte und der Indignität.

I. Ein gesetzliches Anwachsungsrecht im Sinne des Römischen Rechtes existirt bei uns nicht mehr. Die einem gesetzlichen Erben deferirte Erbportion fällt, wenn derselbe vor ihrer Erwerbung verstirbt, zunächst vermöge

Transmissionsrechtes an dessen Erben und in deren Ermangelung, oder wenn der zunächst Berufene ausschlug, an diejenigen, welche den erledigten Erbantheil erhalten haben würden, wenn der Berufene vor dem Erblasser verstorben wäre. Dagegen konnte nach dem Rechte des Erbfolgemandates und kann auch jetzt noch unter mehreren letztwillig eingesetzten Miterben ein Anwachsungsrecht allerdings noch vorkommen, wenn auch nur ausnahmsweise, und mit wesentlich veränderter Grundlage. Während nämlich nach gemeinem Rechte das Accrescenzrecht unter mehreren Testamentserben vorwiegend auf den Grundsatz: nemo pro parte testatus etc. zurückzuführen ist, und durch den Willen des Erblassers zwar in gewisser Hinsicht modificirt, aber nie ganz aufgehoben werden kann, ist dasselbe bei uns lediglich als auf der Willensabsicht des Testirers beruhend zu denken, d. h. es soll dasselbe nur dann und insoweit Platz greifen, wenn und inwieweit die Art und Weise der Erbeinsetzung die Annahme begründet erscheinen lässt, dass sein Eintritt im Sinne des Testators gelegen habe. Schon nach dem Erbfolgemandate und ebenso nach dem Gesetzbuche gilt an sich die Regel, dass, wenn von mehreren eingesetzten Erben der Eine die ihm zugedachte Portion nicht erwirbt, ohne dass durch Transmission oder Substitution dem Freiwerden der Letzteren vorgebeugt wäre, der erledigte Antheil an die Intestaterben fällt (Erbfolgemandat §. 4 — §. 2011 des B.G.B.). Es soll also die Vermuthung dafür streiten, dass der Erblasser das Anwachsungsrecht nicht gewünscht habe. Nur der Fall wird von dem Mandate und Gesetzbuche hierbei ausgenommen, wenn mehrere Erben durch letzten Willen oder Erbvertrag gemeinschaftlich zu dem Gesammtnachlasse oder zu einem aliquoten Theile desselben, jedoch ohne nähere Angabe darüber berufen sind, wie viel der Einzelne von der Verlassenschaft resp. von der ihnen zusammen zugewendeten Quote erhalten soll.

Hier soll zwischen ihnen die gegentheilige Präsumtion eintreten, indem man dann davon ausgeht, der Testator habe durch die Fassung der Erbeinsetzung zu erkennen geben wollen, dass er jedem der gemeinschaftlich in dieser Weise berufenen Erben an sich das Ganze gegönnt haben würde, und zwar sollen unter mehreren solchergestalt Berufenen wiederum Diejenigen betreffs des Anwachsungsrechtes untereinander den Uebrigen vorgehen, die in einem Satze oder unter einer Gesammtbezeichnung eingesetzt sind (§§. 2269, 2270 des B.G.B.). Umgekehrt aber fällt selbst unter den angegebenen Voraussetzungen dennoch jedes Anwachsungsrecht hinweg, sobald es der Erblasser ausdrücklich verbot (§. 2276 des B.G.B.).*)

Wie schon nach gemeinem Rechte schliesst das Transmissionsrecht unbedingt, die Nacherbeneinsetzung wenigstens in der Regel und mit Ausnahme des oben §. 191, I. a. E. gedachten singulären Falles (§. 2273 des B.G.B.) das Anwachsungsrecht aus.

II. Indignität. — Alles, was kraft des Gesetzes oder durch letztwillige widerrufliche oder unwiderrufliche Verfügung Jemandem als Erben, Vermächtnissnehmer, Anwärter u. s. w. anfällt, soll derselbe

1. in folgenden Fällen nach Vorschrift des Erbfolgemandates §§. 103 ff. verb. mit den nur sehr wenig abweichenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches in den §§. 2277 ff. verlieren:

a. wenn er den Erblasser vorsätzlich tödtete, oder zur Errichtung eines letzten Willens unfähig machte;

*) Nach gemeinem Rechte ist die Conjunction (und zwar bloss die conjunctio re sowie conjunctio re et verbis im Gegensatze zu der uneigentlichen, nur verbis vermittelten Verbindung: l. 142 D. de verb. signif. L., 16, l. 89 und 94 D. de leg. III. (XXXII.) l. 15 pr., l. 17 §. 1, l. 66 D. de her. inst. XXVIII., 5. Vangerow, Lehrb. der Pand. Bd. II. S. 332 ff. §. 496 Anm. 2), nicht überhaupt, wie bei uns, erst Entstehungsgrund für das Accrescenzrecht der Miterben, sondern sie erzeugt nur ein Vorzugsrecht gewisser Miterben vor andern.

b. wenn er durch Zwang oder Betrug bewirkte, dass der Erblasser eine Disposition auf den Todesfall errichtete, oder abänderte, beziehentlich deren Errichtung oder Abänderung unterliess;

c. wenn er schriftliche letztwillige Verfügungen des Erblassers zum Nachtheile eines Dritten unterdrückte, fälschte oder sonst beweisunfähig machte. Indessen soll

2. auf den Verlust wegen Unwürdigkeit niemals mehr von Amtswegen erkannt werden, und dem Unwürdigen selbst nach erfolgter Geltendmachung des Indignitätsgrundes jederzeit der Beweis einer seiten des Erblassers erlangten Verzeihung offen stehen (§§. 2279 und 2280 des B.G.B.). Sodann soll aber auch

3. der Unwürdige, wenn die Indignität mit Erfolg gegen ihn ausgeführt worden ist, gleich einem Ausschlagenden, also vor dem Erblasser Verstorbenen, behandelt werden, ohne dass also hierdurch das Erbrecht seiner ihm etwa nachrückenden Descendenten irgendwie berührt würde (§. 2278 des B.G.B.).

§. 200. Verhältniss der Miterben zu einander in Bezug auf die Einwerfungs- (Collations-) Pflicht.

Nach dem Gesetzbuche beruht die Lehre von der Collation nur noch auf dem Gedanken, dass Aeltern voraussetzlich jedes ihrer Kinder mit gleicher Liebe umfassen, und durch aussergewöhnliche Vermögenszuwendungen, die sie schon bei ihren Lebzeiten dem Einzelnen machten, diese bezüglich ihres Nachlasses nicht haben bevorzugen wollen, derartige Voremfängnisse also auch bei der Vertheilung der älterlichen Verlassenschaft in der Regel zu behandeln seien, als seien sie in letzterer noch vorhanden. Hieraus ergiebt sich,

1. dass die Collationspflicht nur im Falle der gesetzlichen Erbfolge eintritt, da bei der gewillkürten vorauszusetzen ist, dass der Erblasser auf die etwa erforder-

liche Ausgleichung, soweit dieselbe überhaupt in seiner Absicht lag, schon bei der Nachlassvertheilung unter die Eingesetzten Bedacht genommen haben werde. Namentlich erledigt sich hierdurch die Ausnahme des Justinianeischen Rechtes rücksichtlich derjenigen testamentarisch berufenen Descendenten, die auch ohne letzten Willen Erben geworden wären, und bei der heutzutage möglichen gemischten Erbfolge findet eine Collation eben nur insoweit statt, als vermöge Gesetzes succedirt wird (§§. 2354, 2371 des B.G.B.). Weiter folgt aber auch hieraus:

2. dass die Collation nur im Verhältnisse von Descendenten zu einander bei gemeinschaftlicher Beerbung ihres Ascendenten vorkommen kann, hier aber auch ohne Unterschied des Grades, und zwar haben entferntere Abkömmlinge nicht bloss das, was sie selbst von dem Erblasser an Collationsobjecten empfingen (gleichviel ob sie zur Zeit des Empfanges bereits unmittelbar erbberechtigt waren oder nicht), sondern auch dasjenige einzuwerfen, was ihr Parens zu conferiren gehabt hätte, wenn er selbst Erbe geworden wäre, mögen sie denselben beerbt haben oder nicht (Erbfolgemandat §§. 34, 35. — §§. 2358, 2359 des B.G.B.). Nichtdescendenten können nur als Transmissionserben oder als Erbschaftskäufer (§. 2372 des B.G.B.) in den Fall kommen, conferiren zu müssen, wenn und insoweit derjenige, von dem sie ihr Recht ableiten, collationspflichtig war. Die Ausnahme des älteren Rechtes rücksichtlich der die statutarische Portion wählenden Wittwe hat sich durch die Umgestaltung des ehelichen Erbrechtes von selbst erledigt. Es folgt aber auch weiter,

3. dass nur Zuwendungen unter Lebenden Gegenstand der Collation sein können, und zwar ist die Collationspflicht je nach Verschiedenheit des Objects bald eine bedingte, bald eine unbedingte.

a. Unbedingte Einwerfungsgegenstände sind solche, die schon vermöge allgemeiner Rechtsvorschrift zu conferiren sind, sobald nur der Erblasser nicht das Gegentheil verordnete, und ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger mit ebenmässig Bedachten concurrirt oder nicht. Sie bilden eine geschlossene Zahl (§. 2354 des B.G.B.), und tragen insgesammt den Charakter einer den Descendenten gewährten Beihülfe zur Begründung einer selbständigen Existenz oder doch zu sonstiger dauernder Verbesserung seiner Lebensstellung.

b. Bedingte Collationsobjecte sind Vorausempfängnisse, die nur nach Umständen des einzelnen Falles der Einwerfung unterliegen, entweder deshalb, weil der Empfänger mit Solchen zusammentrifft, die Zuwendungen der zu a. gedachten Art erhielten, oder deshalb, weil der Erblasser sofort bei der Zuwendung dem Empfänger die dereinstige Einwerfung zur Pflicht machte. Ersteres ist der Fall bei Schenkungen unter Lebenden, vorausgesetzt, dass die collationspflichtigen Miterben ausser den Conferenden der zu a gedachten Art nicht auch noch einfache Schenkungen erhielten (§. 2356 des B.G.B.). Auf letzterem Wege kann jede Zuwendung zu einer Collationspost erhoben werden, die, auch wenn sie nicht gerade unter den Gesichtspunkt der Schenkung fällt, doch ohne das Bestehen einer Rechtspflicht gemacht wurde (§. 2357 des B.G.B.). Vornehmlich gehören hierher Studienkosten, sobald sie das Maass des standesmässigen Erziehungsaufwandes überschreiten (so lange dies nicht der Fall ist, gehören sie weder unter die Kategorie a. noch unter die von b.); ferner Schulden, die der Ascendent für den Descendenten, ohne hierzu rechtlich verbunden zu sein, berichtigte. Rücksichtlich der Studienkosten enthielt schon dec. 50 von 1661 einen ähnlichen Satz, ebenso wie rücksichtlich der Kosten für Erlangung eines akademischen Grades. Der letztere Fall ist jedoch von dem Ge-

setzbuche nunmehr unter die unbedingten Collationsposten unter a aufgenommen.

4. Ueber die Modalität und den Umfang der Collationspflicht gelten im Wesentlichen die gemeinrechtlichen Grundsätze, also namentlich Wahl zwischen Natural- oder Werthscollation (§. 2363 des B.G.B.), in der Regel auch Beschränkung auf die noch gegenwärtige Bereicherung (§. 2365 verb. mit §. 2364 des B.G.B.). Jedoch kann der Collationspflichtige nach §. 2361 des B.G.B. nie in den Fall kommen, mehr einwerfen zu müssen, als sein Erbtheil beträgt, was wohl unbedenklich so zu verstehen ist, dass der Collationspflichtige selbst in dem für ihn ungünstigsten Falle zu einer baaren Herauszahlung an die zu vertheilende Nachlassmasse nicht genöthigt werden könne.*)

5. Der Erblasser kann übrigens in Gemässheit des im Eingange aufgestellten allgemeinen Principes an sich zwar die Collationsverbindlichkeit jederzeit erlassen (§. 2369 des B.G.B.). Nur darf sowohl durch ein solches Verbot der Collation, als auch durch deren Anordnung seiten des Erblassers in Fällen, wo die Collationspflicht an sich dem Vorstehenden nach ausgeschlossen gewesen sein würde, in keinem Falle eine Verletzung der einzelnen Miterben in ihrem Pflichttheile herbeigeführt werden (§. 2370 des B.G.B.). Im Uebrigen ist zu vergleichen hierzu unten §. 204, I a.

---

*) Beispiel: A hinterlässt 3000 Thlr. Effectivvermögen und drei Söhne (B, C, D). Von diesen hat D früher 2000 Thlr. Conferenden empfangen. Hier stellt sich der Nachlass auf 5000 Thlr., so dass der Kopftheil auf 1666 Thlr. 10 Ngr. sich beziffert, mithin D noch 333 Thlr. 20 Ngr. herauszahlen müsste, ohne das Geringste aus der Erbschaft zu empfangen. Dies braucht aber D nicht, sondern er geht nur leer aus, während seine Brüder mit je 1500 Thlr. sich begnügen.

§. 201. Von den Rechtsmitteln zum Schutze beziehentlich zur Realisirung des Erbrechtes.

I. Erbschaftsklage (hereditatis petitio). Dieselbe kommt

1. in dem Gesetzbuche in der Eigenschaft einer blossen Präjudicialklage, d. h. zur Ausführung des Erbrechtes gegen bloss wörtliche Störungen seiten eines sich selbst Erbrecht beilegenden Dritten (zu vergl. Mühlenbruch, Forts. zu Glück's Commentar XLIII S. 85.) nicht vor, sondern ist nur zum Schutze des Erbrechtes gegen thatsächliche Beeinträchtigungen, also in der Regel nur gegen den Besitzer der ganzen Erbschaft oder auch einzelner Erbschaftssachen anstellbar, dafern dieser selbst Erbe zu sein behauptet, oder ohne allen Rechtsgrund besitzt (§. 2291 des B.G.B.). Unter der nämlichen Voraussetzung (sei es der Anmaassung eines eigenen Erbrechtes, oder einer mit Negirung des Erbrechtes des Klägers verbundenen völlig grundlosen Weigerung) kann sogar auch schon die blosse Vorenthaltung einer zur Erbschaft gehörigen Geldschuld oder einer sonstigen Leistung der in §. 2292 des B.G.B. gedachten Art zur Erhebung der Erbschaftsklage führen. Selbst der Umstand, dass der Kläger nicht ein ausschliessliches, sondern nur ein Miterbrecht an dem Nachlasse in Anspruch nimmt (sogenannte hereditatis petitio partiaria), ist nur in Bezug auf den Umfang des hierauf zu gründenden Petitums von Einfluss, ohne im Uebrigen an der Natur der Klage (§. 2293 des B.G.B.) Etwas zu ändern, mag nun dieselbe solchenfalls darauf gerichtet sein, Theilerbrecht neben dem von ihm in der Klage freiwillig anerkannten Miterbrechte des Beklagten, oder gegen einen nicht erbberechtigten Dritten in einem der vorbezeichneten Fälle zur Geltung zu bringen. Handelt es sich insbesondere um Herausgabe einer einzelnen Sache als einer zur Erb-

schaft gehörigen, so würde an sich der mit der Erbschaftsklage Auftretende ausser seinem Erbrechte auch noch den Umstand zu begründen und eventuell zu beweisen haben, dass die Sache bis zum Tode des Erblassers in dessen Vermögen (resp. wenigstens in dessen Besitze) befindlich gewesen sei. Das Oberappellationsgericht pflegt jedoch für solche Fälle nach einer schon früher befolgten und auch der Vorschrift des Gesetzbuches in §. 2294 a. E. gegenüber festgehaltenen Praxis die an sich nur ein theilweises Leugnen des Klaggrundes involvirende Behauptung des Beklagten, dass er die Sache kurz vor dem Tode des Erblassers von diesem geschenkt oder sonst inter vivos erhalten habe, als Exception zu behandeln, und demgemäss die Beweislast zu Gunsten des Klägers zu vertheilen (Annalen N. F. III. 137 verb. mit A. F. VII, 550).

Ueber das Verhältniss der Singularklage zur Erbschaftsklage und die mögliche Concurrenz beider sowie die für den Beklagten daraus nach Befinden erwachsende exceptio litis pendentis und rei judicatae sind zu vergleichen die Detaillbestimmungen in §§. 2318—2321 des B.G.B.

2. Unsere heutige Erbschaftsklage ist nicht mehr die sogenannte relative des Deutschen, sondern die absolute des Römischen Rechtes, d. h. es genügt seiten des Klägers (abgesehen von dem Beweise des Todes des Erblassers) nicht die Behauptung und der Beweis, dass er ein besseres Erbrecht als der Beklagte habe, sondern er muss sein ausschliessliches resp. wenigstens sein Miterbrecht unabhängig von der Person des Beklagten darthun. Diesen Beweis führt

a. der in einem gerichtlichen oder schriftlichen Privattestamente, oder in einem Erbvertrage Eingesetzte regelmässig durch Beibringung des Testamentes, resp. der Vertragsurkunde sammt den nach Befinden dazu ge-

hörigen gerichtlichen oder notariellen Protocollen. Indessen ist ihm hier, wie auch in dem Falle eines mündlichen Privattestamentes überhaupt der Gebrauch aller civilprocessualisch zulässigen Beweismittel gestattet, und es regulirt sich, soviel die Formbeobachtung und die Fähigkeit zur letzten Willenserrichtung anlangt, die Beweislast nach den in §. 175 des B.G.B. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen (§. 2299 des B.G.B.).

b. Rücksichtlich des Beweises des gesetzlichen Erbrechtes enthielt schon das Erbfolgemandat §§. 112 ff. eine Reihe Specialbestimmungen, die auch das Gesetzbuch in §. 2295 im Wesentlichen wiederholt. Darnach braucht der gesetzliche Erbe ausser dem zwischen ihm und dem Erblasser stattfindenden verwandtschaftlichen oder sonst sein Erbrecht begründenden Verhältnisse an sich nicht darzuthun, dass nähere oder gleichberechtigte Erbprätendenten nicht mehr existiren. Nur in dem doppelten Falle leidet solches eine Ausnahme, einmal, wenn nach dem Laufe der Natur gewisse Personen, die bei ihrem Vorhandensein den Erben ausschliessen oder doch dessen Erbrecht beschränken würden, existirt haben müssen, weil sonst entweder der Erblasser oder der Erbe oder beide nicht vorhanden sein würden; und sodann, wenn das Vorhandengewesensein von dergleichen Personen, auch wo sie nicht nothwendig existirt haben müssen, auf andere Weise bereits feststeht. In diesen beiden Fällen muss der Kläger den Grund darthun, warum diese Personen seinem Anspruche nicht weiter entgegenstehen, z. B. früherer Tod, Ausschlagung, Indignität, Erbverzicht u. s. w. Jedoch wird dieser Beweis durch den andern, dass der Betreffende das 90. Altersjahr bereits erfüllt habe, ersetzt (s. oben Bd. I. S. 51 f. §. 16, II 1.).

c. Ist übrigens der obige Nachweis einmal erbracht, so können nicht bloss Schuldner des Erblassers an den solchergestalt Legitimirten mit voller Sicherheit leisten

oder mit ihnen transigiren, sondern auch Dritte können entgeltliche Rechtsgeschäfte über Nachlassbestandtheile mit ihm abschliessen, ohne einen Regressanspruch des später auftretenden Besserberechtigten, dafern ihnen ein solcher nicht bekannt war, fürchten zu müssen (Erbfolgemandat §. 123 und §. 2322 des B.G.B.).

Der obige Beweis der Erbenqualität genügt auch bei angestellten Singularklagen (also z. B. gewöhnlicher Schuldklage aus der Person des Erblassers), wo die Behauptung des Erbeseins nicht zu dem eigentlichen Klaggrunde gehört, sondern nur die sogenannte active Sachlegitimation bildet. Hier hatte nach dem Erbfolgemandate §. 121 der Kläger, wenn er nicht überhaupt vorzog, seine Legitimation durch Zeugniss der competenten Nachlassbehörde des Inhaltes zu bewirken, dass er sich bei dieser bereits gerechtfertigt habe (sogenanntes Erblegitimationsattest), immer wenigstens noch ein Attest der genannten Behörde darüber beizubringen, dass sich bei ihr ausser dem Kläger Niemand als Erbe gemeldet habe, ihr auch kein besser Berechtigter bekannt sei. Jetzt kann sich der Kläger zwar auch eines solchen Zeugnisses bedienen, dem dann die in der Gerichtsordnung §. 19 gedachte Einrichtung zu geben ist; er muss es aber nicht thun.

3. Rücksichtlich der Haftung des mit der Erbschaftsklage Belangten gelten zwar im Allgemeinen die gemeinrechtlichen Grundsätze. Hervorzuheben ist jedoch, dass hier der malae fidei possessor sogar schon vor erhobener Klage für den casuellen Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Erbschaftssachen haftet, dafern der Casus nicht ein solcher war, welcher die Sache erweislich auch bei dem Kläger getroffen haben würde (Arndts §. 533 Anm. 3, S. 802 der 5. Aufl. — §. 2303 des B.G.B.), und dass die gemeinrechtlich zu Gunsten des malae fidei possessor gemachte Unterscheidung zwi-

schen Erbschafts- und Eigenthumsklage betreffs der Verwendungen auf die Sache in dem Gesetzbuche dadurch beseitigt ist, dass die Gegenforderung des bösgläubigen Beklagten in beiden Fällen nur die impensae necessariae umfasst, die impensae utiles und voluptuariae aber hier wie dort von ihm nur nach Befinden mittels des jus tollendi gewahrt werden können (§. 2315 verb. mit 316 des B.G.B.), während umgekehrt der gutgläubige Erbschaftsbesitzer die bis zur Klagbehändigung gemachten Verwendungen aller Art hier ersetzt verlangen kann. Dagegen ist der bonae fidei possessor in Ansehung der Früchte hier schlechter gestellt, als bei der Eigenthumsklage, insofern er wie nach gemeinem Rechte von den bis zur Behändigung der Erbschaftsklage gezogenen Früchten nicht bloss die exstantes herauszugeben, sondern auch die consumti bis zur Bereicherung zu erstatten haben soll (zu vergl. oben Sachenrt. §. 61, II, V.).

II. Neben der petitorischen Erbschaftsklage steht noch ein auf provisorische Einweisung in die Erbschaft abzweckendes Rechtsmittel denjenigen zu, der seine Erbenqualität auf äusserlich fehlerfreie Weise in der in §. 2323 des B.G.B. gedachten Maasse darzuthun vermag, wodurch die gemeinrechtlichen Grundsätze über das interdictum quorum bonorum und die missio in possessionem ex edicto Hadriani verschmolzen worden sind.

III. Für die in §§. 2343 ff behandelte Erbtheilungsklage gelten im Ganzen die Grundsätze des Römischen Rechtes über das judicium familiae herciscundae. Abweichend hiervon wird jedoch das Verbot der Theilung seiten des Erblassers, auch wo es gemeinrechtlich als sogenanntes nudum praeceptum ungültig sein würde, dennoch als gültig behandelt, wirkt aber jedenfalls nur auf zwanzig Jahre (§. 2346 des B.G.B.). Sie kann zwar, sobald nicht ein Erbe auf gerichtliche Theilung dringt, auch aussergerichtlich erfolgen, der Weg der gerichtlichen Theilung

muss aber gewählt werden, sobald Bevormundete concurriren (§. 2349 des B.G.B.), ohne dass freilich hierbei immer an eine nach vorausgegangenem rechtlichen Verfahren zu sprechende richterliche Adjudicationssentenz zu denken wäre. Sind übrigens bei der Erbtheilung zum Zwecke der Ausgleichung erbschaftliche Forderungen an einzelne Miterben übertragen worden, so haften die übrigen Miterben hier ausnahmsweise nicht bloss für die Verität, sondern auch für die Bonität der Forderung, Letzteres jedoch nur auf die Dauer von fünf Jahren (§. 2353 des B.G.B.).

IV. Die Verpflichtung zur Herausgabe eines gerichtlichen resp. notariellen Inventars, beziehentlich eines privatim gefertigten, aber solchenfalls eidlich zu bestärkenden Nachlassverzeichnisses an den Erben lag schon nach dec. 56 von 1661 Jedem ob, der sich zur Zeit des Todes des Erblassers im Besitze der Erbschaft befunden, oder sich dieselbe nachher angemaasst, mag er Miterbe sein oder nicht; und zwar wird der diesfallsige Anspruch je nach Verschiedenheit der Fälle bald als Vorläufer für das daran sich knüpfende Theilungsverfahren mit der Klage unter III., bald mit der Erbschaftsklage unter I., bald nach den über Geschäftsführung geltenden Grundsätzen verfolgbar sein (§. 2301 verb. mit §§. 1393 ff. des B.G.B.).

Abschnitt II. Das Pflichttheilsrecht.

§. 202. Begriff, Grösse und Berechnung des Pflichttheils.

Unser zeitheriges Erbrecht unterschied gleichfalls noch zwischen Notherben und Pflichttheilsberechtigten.

Zu den Notherben, d. h. denjenigen Personen, deren Präterition oder grundlose Enterbung die im Testamente enthaltene Erbeinsetzung ungültig machte, rechnete die const. 9 pte. III. gleich dem gemeinen Rechte nur die

successionsberechtigten Descendenten und Ascendenten des Erblassers. Dagegen wurde die Zahl der Pflichttheilsberechtigten durch das Erbfolgemandat im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte theils eingeschränkt, theils erweitert. Ersteres insofern, als die Geschwister des Defunctus in keinem Falle mehr zu selbigen gerechnet werden sollten (Erbfolgemandat §. 64). Letzteres insofern, als auch dem überlebenden Ehegatten, sowie den unter Umständen zur gesetzlichen Erbfolge berufenen öffentlichen Anstalten durch das Mandat Pflichttheilsrecht zugestanden wurde (§. 70 und §. 127 des Erbfolgemandates). Das Gesetzbuch beseitigt das zeitherige formelle Notherbenrecht gänzlich, kennt also nur noch Pflichttheilsberechtigte (§§. 2564, 2600 des B.G.B.). Die auf diese Weise bevorrechtigten Personen sind übrigens im Vergleiche mit dem Erbfolgemandate dieselben geblieben, und es gilt daher nach wie vor noch ein Pflichttheilsrecht

A. gewisser Verwandten und zwar
   I. der Descendenten,
   II. der Ascendenten; ferner
B. des überlebenden Ehegatten, und
C. gewisser öffentlicher Anstalten.

Zu A. Die gemeinrechtliche Controverse, ob der Pflichttheil der Verwandten als portio portionis ab intestato oder als portio totius hereditatis zu behandeln sei, wurde in Uebereinstimmung mit der unter den Lehrern des gemeinen Rechtes herrschenden Ansicht schon von unsrer zeitherigen Doctrin ungeachtet der scheinbar entgegenstehenden Wortfassung mehrerer älterer Gesetze (const. 8, 12 pte. III. — dec. 47 von 1661 — und selbst noch des Erbfolgemandates §. 56) meist im ersteren Sinne beantwortet (Gottschalk, Ztschr. ä. F., Bd. II. 229 ff.), obwohl der Fall, wo dieselbe nach Römischem Rechte besondere praktische Wichtigkeit gewinnen musste, nämlich der der Concurrenz von Ascendenten mit Geschwistern

des Erblassers schon nach älterem Sächsischen Rechte nicht weiter vorkommen konnte.

Dagegen wurde in dem nach unserem Particularrechte besonders häufigen Falle des Zusammentreffens pflichttheilsberechtigter Verwandten mit dem überlebenden Ehegatten von demselben Schriftsteller a. a. O. S. 331 ff. das gedachte Princip für unanwendbar erklärt, und erst das Gesetzbuch §. 2570 hat auch hier verordnet, dass der Verwandtenpflichttheil nicht von dem Gesammtnachlasse, sondern von dem nach Abzug des Erbtheils des überlebenden Ehegatten übrig bleibenden Reste zu berechnen sei.

Zu I. der Pflichttheil der Descendenten beträgt, wie bisher, nach §. 2566 des B.G.B. beim Vorhandensein von fünf oder mehr Kindern die Hälfte, beim Zusammentreffen von vier oder weniger Kindern ein Drittel ihrer Intestatportion. Dabei kommen bei der väterlichen Verlassenschaft nicht bloss die auf beide mögliche Arten Legitimirten, sondern auch die Brautkinder ganz wie eheliche in Betracht, während die an Kindesstatt Angenommenen, obwohl sie selbst beim Mangel einer gegentheiligen Festsetzung im Adoptionsvertrage volles Pflichttheilsrecht geniessen, den eheleiblichen und den ihnen nach Vorstehendem gleichgestellten Abkömmlingen gegenüber nur insoweit mitzuzählen sind, als solches den letzteren zum Vortheile gereicht (§. 58 des Erbfolgemandats. — §. 2568 des B.G.B. —). Weiter sind rechtmässig Enterbte ebenso wie der Ausschlagende und Derjenige, welcher, nachdem er abgefunden worden ist, auf den Nachlass verzichtet hatte, hier bei der Pflichttheilsberechnung mitzuzählen (zu vergl. oben §. 198 I. II. Bd. II. S. 210).

Zu II. Der Pflichttheil der Ascendenten beläuft sich, wie bisher, in allen Fällen auf ein Drittel ihrer Intestatportion.

Von dem Verwandtenpflichttheile ad I. und II. und dessen Berechnung gelten noch folgende im Wesentlichen übereinstimmende, von unserem zeitherigen Rechte zum Theile abweichende Grundsätze:

a. Die gehörige Ausmittelung des Pflichttheils kann der Erblasser in concreto nicht dadurch unmöglich machen, dass er die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses verbietet. Jede derartige Verfügung ist vielmehr nichtig (§ 2588 des B.G.B.).

b. Hat der Erblasser sein Allodialvermögen ganz oder zum Theile auf Erwerbung eines Lehngutes verwendet, und concurriren zu seinem Nachlasse nichtlehnssuccessionsfähige aber pflichttheilsberechtigte Verwandte, so soll bei der Berechnung des Pflichttheils der Letzteren, wenn das Lehngut ein sogenanntes Neulehen war, nach dem Erbfolgemandate §§. 60 ff. ausser dem Allodialnachlasse auch noch der Werth des Lehngutes abzüglich der Lehnsschulden mit in Aufrechnung kommen, der auf diese Weise ermittelte Pflichttheil aber zunächst aus dem Allodialvermögen und nur subsidiär aus der Substanz des Lehngutes gedeckt werden, eine Bestimmung, welche zwar das Gesetzbuch nicht ausdrücklich wiederholt, der aber dennoch fortdauernde Anwendbarkeit auch künftig beizulegen ist (Siebenhaar, Commentar zu §. 2573, Bd. III. S. 394). Endlich war in der zeitherigen Sächsischen Praxis

c. für den Descendentenpflichttheil der in neuerer Zeit besonders von Francke, Notherbenrecht, S. 235 ff. für das gemeine Recht vertheidigte Grundsatz ziemlich consequent festgehalten worden, dass der Pflichttheil lediglich von dem zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhandenen Vermögen desselben zu berechnen, also namentlich das Vorhandensein etwaiger Collationsposten auf Seiten einzelner oder aller Miterben an sich hierbei noch ausser Betracht zu lassen sei (Wochenblatt 1850, S. 77 ff.; 1865

S. 245 ff., für die entgegengesetzte Ansicht Ztschr. für Rtspfl. XIV. 152 ff.). Dagegen erklärt sich das Gesetzbuch im Einklange mit dem in der Lehre von der Collation (zu vergl. oben §. 200) durchgeführten Gesichtspunkte, wonach Vorempfängnisse der dort bezeichneten Art im Verhältnisse der Collationsinteressenten unter einander noch nicht als aus dem Erbvermögen definitiv ausgeschieden zu betrachten seien, für das gegentheilige Princip (§. 2573 des B.G.B.). Es lässt also den Descendentenpflichttheil von dem Nachlasse mit Einschluss der etwaigen Conferenden sämmtlicher Miterbenden berechnen, woraus zugleich in §. 2574 des B.G.B. der weitere Satz folgt, dass der Pflichttheilsberechtigte umgekehrt auch die von ihm zu vertretenden Collationsposten unterschiedslos auf die legitima sich einrechnen zu lassen habe.

§. 203. **Fortsetzung.**

Zu B. Pflichttheilsrecht des überlebenden Ehegatten. Dasselbe ist durch das Gesetzbuch in gewisser Hinsicht modificirt. Während nach zeitherigem Rechte dieses Pflichttheilsrecht nie mehr als ein Drittel und nie weniger als ein Viertel des ganzen Nachlasses ausmachen konnte, steigt dasselbe jetzt unter Umständen bis zur Hälfte der Verlassenschaft. Nach dem Erbfolgemandate galt nämlich überall da, wo die gesetzliche Erbportion nur in einem Viertel des Nachlasses oder in einem Drittel desselben bestand (oben §. 182 II. A—C. Bd. II. S. 164 f.) diese Portion zugleich als unentziehbarer Pflichttheil. Dasselbe ist auch in §. 2578 des B.G.B. für die Fälle beibehalten, wo nach nunmehrigem Rechte die Intestatportion ein Viertel resp. ein Drittel beträgt. Ebenso trifft im Falle der Concurrenz des überlebenden Ehegatten mit Ascendenten oder Geschwistern des Defunctus die hierauf bezügliche Vorschrift in §. 2579 des B.G.B. mit

der des zeitherigen Rechtes, wonach auch in diesem Falle das als Intestatportion bestimmte Drittel des Nachlasses als gleichzeitiger Pflichttheil gelten sollte, dem Resultate nach überein. Eine wirkliche Abweichung tritt also nur in dem letzten Falle, dem des Zusammentreffens mit blossen Seitenverwandten der vierten Classe hervor, wo nach früherem Rechte gleichfalls nur ein Drittel des Nachlasses als Pflichttheil beansprucht werden konnte, während sich dasselbe jetzt nach §. 2580 des B.G.B. auf die Hälfte der gesammten Verlassenschaft beläuft. Uebrigens kommt in allen diesen Fällen bei Auswerfung des Pflichttheils dasjenige Vermögen des Erblassers nicht mit in Anschlag, rücksichtlich dessen er die freie Verfügung auf den Todesfall im Einverständnisse mit dem Ueberlebenden sich vorbehalten hatte, oder welches ihm von dritten Personen mit dieser Freiheit zugewendet worden war, sobald er nachmals auch wirklich von dieser Verfügungsfreiheit in gültiger Weise Gebrauch gemacht hatte (Erbfolgemandat §. 75 verb. mit §. 2581 des B.G.B.). Ausserdem gilt natürlich auch hier der in §. 202 a. gedachte Grundsatz; dagegen leidet das dort unter b. Bemerkte bei Berechnung des Pflichttheils des überlebenden Ehegatten nur dann Anwendung, wenn die Erwerbung des Lehngutes während bestehender Ehe erfolgt war.

Zu C. Rücksichtlich der unter Umständen von dem Gesetze berufenen öffentlichen Anstalten (oben §. 183) gilt wie früher, so auch jetzt nach §. 2617 des B.G.B. das Princip, dass das ihnen zukommende gesetzliche Erbtheil immer zugleich Pflichttheilsnatur haben solle.

§. 204. Mögliche Arten der Berücksichtigung des Pflichttheilsrechtes.

Dem Pflichttheilsrechte der vorgenannten Personen kann der Erblasser nur entweder

I. durch Zuwendung eines dem Pflichttheilsbetrage

gleichkommenden Vermögenswerthes an den Berechtigten, oder

II. soviel den Pflichttheil der Verwandten und des überlebenden Ehegatten anlangt, durch rechtsgültige Enterbung des Berechtigten gerecht werden. Nur in letzterer Beziehung ist er an gewisse Formvorschriften gebunden, wogegen es in ersterer Hinsicht lediglich auf materielle Deckung des Pflichttheilsanspruches ankommt, und zwar kann

zu I. diese Deckung jetzt auf folgende verschiedene Weisen geschehen

a. durch Zuwendung unter Lebenden,
b. durch Verfügung auf den Todesfall,
c. durch Nichtverfügung über einen entsprechenden Nachlassbestandtheil.

Zu a. Abgesehen von dem Falle einer anticipirten Abfindung des Berechtigten wegen seines Pflichttheilsanspruches (nach Befinden unter gleichzeitigem Erbverzichte) gehört, soviel den Descendentenpflichttheil anlangt, nach dem oben §. 202 a. E. Bemerkten jetzt jede unter den Gesichtspunkt eines Conferendum im Sinne des §. 200 fallende Zuwendung inter vivos hierher, dergestalt, dass wenn dieselbe nicht zu vollständiger Deckung des Pflichttheilsbetrages ausreicht, der Berechtigte sich doch solche ohne Weiteres in denselben einrechnen zu lassen verbunden ist. Dagegen kann pflichttheilsberechtigten Nichtdescendenten gegenüber, bei welchen eine Collationspflicht niemals, sondern nach Befinden nur eine Einrechnungsverpflichtung in Frage kommen kann, eine Zuwendung unter Lebenden die Natur eines Imputandi nur durch eine von dem Erblasser sofort bei der Hingabe getroffene diesfallsige ausdrückliche Bestimmung gewinnen (§. 2574 verb. mit §. 2590 a. E. des B.G.B.). Indessen soll nach §. 2591 des B.G.B. in dem Falle, wenn der Erblasser bei Gelegenheit der Veräusserung einer Sache, z. B. eines

Grundstückes, an einen Dritten diesem eine von seinem Tode ab an den Pflichttheilsberechtigten zu entrichtende Auszugs- oder sonstige Leistung auferlegt hat, diese Leistung, wenn sie der Pflichttheilsberechtigte annahm, auch ohne eine dahin gehende ausdrückliche Bestimmung des Erblassers (beziehentlich nach ihrem auf die muthmassliche Lebensdauer des Berechtigten hinaus zu ermittelnden Werthsbetrage) als Imputandum gelten.

Zu b. Bei einer durch letztwillige Verfügung des Erblassers erfolgten Zuwendung aus seinem Vermögen bedarf es einer derartigen expressen Einrechnungsbestimmung nicht erst (§§. 2590, 2592 des B.G.B.). Auch ist es gleichgültig, ob die Zuwendung in Form einer angeordneten Gesammt- oder Einzelnachfolge geschieht, nur dürfen natürlich lästige Nebenbestimmungen oder Auflagen nicht beigefügt werden (§§. 2584, 2585 des B.G.B.). Indessen ist der der sogenannten cautela Socini (zu vergl. Arndts Lehrb., §. 595 a. E. und Note 2) zu Grunde liegende Gedanke von dem Gesetzbuche insofern zu einem allgemeinem Rechtssatze erhoben, als die Zuwendung eines Mehreren an den Pflichttheilsberechtigten ipso jure das Wahlrecht begründen soll, ob er das Ganze mit der Beschwerung annehmen oder den unbeschwerten Pflichttheil verlangen wolle (§. 2587 des B.G.B.). Im Uebrigen ist aber der gemeinrechtliche Grundsatz, dass die blosse Annahme einer den Pflichttheilsanspruch nur theilweise deckenden Zuwendung noch nicht einen Verzicht auf das Fehlende involvirt, auch in Ansehung des überlebenden Ehegatten in §. 2615 des B.G.B. jetzt wieder zur vollen Geltung gebracht und dadurch die Härte der in §§. 80 ff. des Erbfolgemandates enthaltenen, zum Theil wenigstens entgegengesetzten Bestimmung beseitigt.

Zu c. Vermöge der Ausserkraftsetzung des Grundsatzes: nemo pro parte u. s. w. ist natürlich heutzutage auch noch die Möglichkeit gegeben, dass der im letzten

Willen übergangene Pflichttheilsberechtigte die ihm gebührende Legitima im Wege partieller Intestatsuccession erlangt; dann nämlich, wenn die letztwillige Verfügung den Nachlass nicht erschöpfte, und das freigebliebene Residuum zur Befriedigung des Pflichttheilsanspruchs ausreicht (§. 2583 des B.G.B.).

Zu II. Enterbung.

A. Rücksichtlich der gesetzlichen Gründe der Enterbung schloss sich unser zeitheriges Recht in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Verwandten den Vorschriften der Novelle 115, soweit die dort gedachten Gründe auf unsere modernen Verhältnisse überhaupt noch passten, ziemlich eng an (dec. 52 von 1661). Das Gesetzbuch hat jedoch die Zahl der Enterbungsursachen wesentlich reducirt.

1. In Bezug auf die Verwandtenerbfolge im Allgemeinen sind nur noch drei beibehalten (§. 2575 des B.G.B.): Lebensnachstellungen in der Richtung gegen den Erblasser selbst oder dessen Angehörige; falsche Denunciation im Sinne des revid. Strafgesetzbuches Art. 236 wider den Erblasser oder dessen Ehegatten, und Lieblosigkeit, die sich darin ausspricht, dass der Pflichttheilsberechtigte den Erblasser in hülfsbedürftiger Lage verlassen, oder ihm in solcher Lage die verlangte und in seinen Kräften stehende Unterstützung verweigert hat. Auf letzteren Fall insbesondere bezog sich die oben erwähnte dec. 52 von 1661.

Ausserdem sind

2. den Ascendenten gegenüber ihren Abkömmlingen in §. 2576 des B.G.B. noch zwei besondere Enterbungsgründe eingeräumt, nämlich Realinjurien und Umgehung des älterlichen Eheconsenses durch eigenmächtige Eheschliessung, letzteres aber nur noch in Fällen, wo dem Ascendenten überhaupt ausreichende Weigerungsgründe zur Seite standen, so dass also namentlich auch im Falle

der legal ausgebrachten eherichterlichen Consenssupplirung das Enterbungsrecht aus diesem Grunde von selbst wegfällt. Unser früheres, noch auf der Eheordnung vom 10. August 1624 fussendes Recht liess zwar nach der richtigeren Auslegung (Wochenblatt 1861, S. 169 ff. — Ztschr. XXI., 230 ff.) bei erfolgter vorheriger Consenssupplirung das Exheredationsrecht gleichfalls cessiren, gestattete jedoch im Falle einer ohne diesen eherichterlichen Consens erlangten heimlichen Trauung, selbst bei an sich unstichhaltigen Weigerungsgründen des Ascendenten immer noch wenigstens eine partielle Enterbung des Kindes bis zur Hälfte.

3. Im Verhältnisse der Ehegatten unter einander ist das Recht des Erbfolgemandates §. 85 von dem Gesetzbuche §. 2582 beibehalten worden. Darnach ist ein Enterbungsgrund vorhanden

a. wenn der überlebende Ehegatte die Eingehung der Ehe durch Zwang oder Betrug veranlasst hat;

b. wenn er sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, vorausgesetzt, dass der andere Theil die eheliche Treue nicht auf gleiche Weise verletzte;

c. wenn er dem andern Ehegatten nach dem Leben getrachtet oder denselben böslich verlassen oder sich sonst eines Vergehens gegen ihn schuldig gemacht hat, das im gesetzlichen Strafsatze mindestens mit Zuchthausstrafe bedroht ist.

B. Anlangend die Form der Enterbung, so muss sie in einem einseitigen letzten Willen ausdrücklich adjecta causa erfolgen (§§. 2595, 2596 des B.G.B.). Auch eine privilegirte Testamentsform eignet sich zur Anordnung einer Enterbung. Nur das testamentum parentum inter liberos macht hiervon eine Ausnahme (§. 2595 des B.G.B. a. E.). Der Enterbung ihrer Wirkung nach gleichstehend wurde zeither von dem Erbfolgemandate §. 88 die Anhängigmachung der Ehetrennungsklage bei Gericht aus

einem der oben unter 3, a, b, c gedachten Gründe geachtet. Ueber den erweiterten Gesichtspunkt des Gesetzbuches in dieser Beziehung ist zu vergl. oben §. 182 III. Bd. II. S. 165 f.

C. Die Wirkung der an sich formrichtigen Enterbung kann durch den Nachweis erfolgter Verzeihung jederzeit wieder beseitigt werden (§. 2600 des B.G.B. a. E.).

D. Der sogenannten exheredatio bona mente geschah in unserem zeitherigem Particularrechte (dec. 25 von 1746) gleichfalls Erwähnung. Auch das Gesetzbuch §. 2577 erkennt deren Zulässigkeit an, jedoch nur seiten des Ascendenten gegenüber seinen verschuldeten Descendenten, und auch hier nur mit der Wirkung, dass dem Enterbten auf diese Weise die Verfügungsfreiheit über das ihm zugewandte Substanzialvermögen inter vivos entzogen werden kann. Endlich ist dabei auch die dem Concursrechte angehörige Vorschrift der dec. 25 cit., wonach den Gläubigern mindestens der Anspruch auf die Legitima verbleiben soll, ausdrücklich gewahrt.

§. 205. Rechtsmittel zum Schutze des Pflichttheilsrechtes.

I. Während nach Römischem Rechte der Pflichttheilsanspruch als eine gegen den Erben gehende persönliche Forderung zu betrachten ist, zu deren Geltendmachung dem Pflichttheilsberechtigten, soweit es nicht wegen Verletzung seines formellen Notherbenrechtes zur Eröffnung der Intestaterbfolge kam, im Justinianeischen Rechte an sich nur die sogenannte actio ad supplendam legitimam zustand, ging schon das Erbfolgemandat §. 78 rücksichtlich des Pflichttheils des überlebenden Ehegatten insofern von einem abweichenden Gesichtspunkte aus, als es den Letzteren rücksichtlich des ihm zukommenden Pflichttheils unterschiedslos als Erben behandelt wissen will. Hiermit stimmte auch die Auffassung unseres älteren Rechtes

überein, wonach sowohl dem Wittwer rücksichtlich der ihm zufallenden Mobilien als auch der Wittwe rücksichtlich der von ihr gewählten statutarischen Portion Erbenqualität zugesprochen zu werden pflegte (Haubold, Lehrbuch, §. 330). Das Gesetzbuch hat dieses Princip im §. 2589 auch auf alle anderen pflichttheilsberechtigten Verwandten (sowie den überlebenden Ehegatten) ausgedehnt, so dass den genannten Personen einer ihren Pflichttheilsanspruch verletzenden letztwilligen Disposition gegenüber (sei es einseitiger letzter Wille oder Erbvertrag) die Verfolgung des ersteren mit der Erbschaftsklage, resp. der Erbtheilungsklage, jenachdem die oben §. 201 besprochenen Voraussetzungen der einen oder andern vorliegen, freisteht.

1. Ihrem Umfange sowie der Zeit nach sind diese Rechtsmittel jedoch immer insofern beschränkt, als

a. der Pflichttheilserbe, mag er ganz übergangen, beziehentlich grundlos enterbt, oder nur zu gering bedacht sein, mit ihnen niemals mehr erlangen kann, als sein Pflichttheil beträgt, oder ihm daran fehlt, während im Uebrigen der ihn verletzende letzte Wille oder Erbvertrag bei Kräften bleibt (§. 2600 des B.G.B.), und als

b. sein Pflichttheilsanspruch binnen drei Jahren seit erhaltener Kenntniss von der ihn verletzenden letztwilligen Verfügung verjährt (§. 2616 des B.G.B.). Dagegen sind sie

2. innerhalb dieser Grenzen im Vergleiche zu der früheren actio suppletoria insofern weit wirksamer, als sie dem verletzten Pflichttheilsberechtigten nicht bloss wie jedem andern Erben seinen verhältnissmässigen Antheil an dem Gesammtnachlasse in allen seinen einzelnen Objecten sichern, also z. B. dazu dienen, sein Miteigenthum an den in der hereditas begriffenen Sachen, sowie sein antheiliges Recht an den dazu gehörigen einzelnen Forderungen durchzusetzen, sondern sie befähigen ihn eintretenden Falles auch, sein ausschliessendes Recht un-

mittelbar gegen ihn beschränkende Anordnungen, z. B. von Vermächtnissen zu Gunsten Dritter, mit Erfolg geltend zu machen. Freilich ist er

3. in Folge seiner Stellung als gesetzlicher Erbe auch den Ansprüchen der Gläubiger des Nachlasses, soweit derselbe auf ihn gekommen, ausgesetzt.

II. Der ad I. besprochene Fall setzt wissentliche Uebergehung resp. Verkürzung des Pflichttheilsberechtigten voraus.

Waren dagegen die verletzenden Anordnungen des Erblassers auf eine mangelnde Kenntniss von der Existenz des Pflichttheilsberechtigten zur Zeit der Errichtung des letzten Willens oder Erbvertrages zurückzuführen, so soll der Präterirte nicht bloss seinen Pflichttheil, sondern sogar sein volles gesetzliches Erbtheil zu beanspruchen berechtigt sein. Hierher gehört nicht bloss der Fall, wo der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten irrthümlicher Weise todt geglaubt hat, sondern es soll auch überall da, wo der Betreffende erst nach jenem Zeitpunkte geboren (agnatio posthumi) oder auf andre Weise zu dem Erblasser erst nachträglich in das Verhältniss eines Pflichtheilsberechtigten getreten ist (z. B. Annahme an Kindesstatt oder nachträgliche Schliessung einer Ehe), dem Erblasser ohne Weiteres der Wille untergelegt werden, dass er, wenn das Pflichttheilsrecht zur Zeit der beschwerlichen Verfügung bestanden, oder er solches gekannt hätte, dem Berechtigten die volle Intestatportion zugewendet haben würde, und dies ganz ohne Rücksicht darauf, ob er in der Zwischenzeit seit der Errichtung des letzten Willens bis zu seinem Tode von der Existenz des Pflichttheilsberechtigten erweislich Kenntniss erlangt, oder nicht, indem der frühere defectus voluntatis bis zu einer anderweiten letztwilligen Verfügung als fortwirkend betrachtet werden soll. Nur wird, soviel insbesondere den überlebenden Ehegatten anlangt, das durch die nach-

folgende Eheschliessung erst später von ihm erworbene Pflichttheilsrecht in Uebereinstimmung mit §. 72 des Erbfolgemandates auch von dem Gesetzbuche §. 2602 nicht für stark genug erklärt, um auch einen bereits vor Eingehung der Ehe von dem Erblasser mit einem Dritten errichteten Erbvertrag zu alteriren.

III. Ausserdem ist auch der Pflichttheilsberechtigte gegen solche Beeinträchtigungen seines Pflichttheilsanspruches, welche der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden herbeigeführt hat, in §. 2603 des B.G.B. nach wie vor durch eine Klage auf Rescission derartiger Rechtsgeschäfte, soweit sie eine Verletzung seines Pflichttheilsrechtes enthalten, geschützt, und zwar ist auch der Fall der sogenannten verschleierten Schenkung, sowie der der inofficiösen Gewährung einer Mitgift oder eines sonstigen subsidium paternum oder maternum durch die einschlagende Begriffsbestimmung in §. 1052 verb. mit §. 2613 d. B.G.B. getroffen. — Auf das gedachte Rechtsmittel leiden im Ganzen die gemeinrechtlichen Grundsätze über die querela inofficiosae donationis Anwendung. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

a. Zwar steht abweichend von dem gemeinen Rechte die Ausschlagung der Erbschaft seiten des Klägers dem Gebrauche des gedachten Rechtsmittels im Zweifel nicht entgegen, sondern nur dann würde dies der Fall sein, wenn nach Lage der Sache aus der Ausschlagung ein Verzicht auf das Erbrecht überhaupt zu entnehmen sein sollte (§. 2608 des B.G.B.). Indessen soll sich doch der Pflichttheilsberechtigte ungeachtet der Ausschlagung auf seinen Pflichttheil alles Das anrechnen zu lassen haben, was er im Falle der Annahme der Erbschaft aus derselben erhalten haben würde.

b. Abweichend von den über die Einrechnung auf den Pflichttheil oben (§. 204 unter I a.) angegebenen Grundsätzen hat sich der Pflichttheilsberechtigte hier

(bei Anstellung der querela inofficiosae donationis) auch sogar Schenkungen, die er bei Lebzeiten von dem Erblasser erhielt, unbedingt, also selbst dann anrechnen zu lassen, wenn bei der Hingabe des geschenkten Objectes der Erblasser eine Bestimmung über die dereinstige Einrechnung nicht getroffen haben sollte (§. 2609 des B.G.B.).

c. Gleich dem oben zu I. erwähnten Rechtsmittel soll auch die hier fragliche Klage an eine dreijährige Verjährungsfrist geknüpft sein, die jedoch hier immer nach §. 2616 des B.G.B. von der Zeit des Todes des Erblassers an zu berechnen ist.

d. Endlich ist in dieser Lehre ein von unseren Spruchbehörden zeither schon oft zur Anwendung gebrachter Grundsatz verlassen worden, der Satz nämlich, dass überall da, wo die anzufechtende Schenkung in die Form eines entgeltlichen Veräusserungsgeschäfts eingekleidet und als Gegenleistung für das veräusserte Vermögensobject eine auf die Lebenszeit des Erblassers oder des Dritten berechnete fortlaufende Prästation z. B. einer Leibrente, eines Auszugs u. s. w. stipulirt worden war, wegen der hier in Frage kommenden aleatorischen Natur des Rechtsgeschäftes dessen Rescissibilität mittels der Querel überhaupt ausgeschlossen sein soll (zu vergl. z. B. Wochenblatt 1857, S. 313). Das Gesetzbuch in §. 2613 dagegen will in solchen Fällen den durchschnittlichen Verkehrswerth, den diese Prästation unter Zugrundelegung der Mortalitätstabelle (§. 35 des B.G.B.) ergiebt, ermittelt und darnach den Umfang der Schenkung festgestellt wissen.

Abschnitt III.: Von der Einzelnachfolge.

I. Von den Vermächtnissen.

§ 206. Form und Inhalt der Vermächtnisse.

I. Für die regelmässige Form der Vermächtnisserrichtung, rücksichtlich deren unser zeitheriges Particular-

recht besondere Vorschriften nicht aufzuweisen hatte, gilt jetzt, jenachdem dieselbe in einem einseitigen letzten Willen oder in einem Erbvertrage (Vermächtnissvertrage) erfolgt, das oben in §§. 186 und 196 Gesagte gleichfalls.

Soviel dagegen

a. die in einem durch Testament bestätigten Codicille angeordneten Vermächtnisse anlangt, galt vermöge langjährigen Gewohnheitsrechtes bei uns der freilich von der gemeinrechtlichen Doctrin abweichende Satz, dass die codicilli testamento confirmati einer besonderen Formbeobachtung überhaupt nicht bedürften, sondern jede deutliche schriftliche Disposition unter der Voraussetzung ihrer nachweislichen Authenticität für sie genüge (Iphofen, Zeitschrift für Rechtspflege V. 319 ff.). Jetzt ist eine derartige nachträgliche Schedularverfügung an dieselben Formen gebunden wie oben in §. 189 zu IIa beim testamentum mysticum erwähnt wurden, und nur das Besondere ist hier noch zu bemerken, dass, während jene mystische Erbeinsetzung sowohl bei schriftlichen als bei mündlich errichteten letzten Willen vorkommen kann, umgekehrt eine durch vorbehaltene Schedulardisposition erfolgende, nachträgliche Anordnung von Vermächtnissen ausschliesslich als Ergänzung eines schriftlich errichteten letzten Willens zulässig ist (§. 2383 des B.G.B.). Daneben ist aber auch

b. das formlose Vermächtniss, sogenanntes legatum praesente herede relictum oder auch das sogenannte Oralfideicommiss, wenn schon in einer von der gemeinrechtlichen nach der jetzt herrschenden Ansicht nicht unwesentlich abweichenden Gestalt, beibehalten worden. Gerade die Haupteigenthümlichkeit des Justinianeischen Rechtes nämlich, welche von der Mehrzahl der Neueren jetzt darin gesucht wird, dass der Honorirte zum Beweise des Vermächtnisses in diesem Falle auf den Gebrauch des Eidesantrages schlechthin beschränkt sei,

(Arndts, Lehrbuch, §. 545 Anm. 2), war für unser Recht bereits durch dec. 11 von 1746 beseitigt, obwohl dort noch an dem Satze festgehalten wird, dass wenn der Bedachte sich der Eidesdelation bediene, weder Eidesrelation noch Gewissensvertretung Statt haben soll. Das Gesetzbuch §. 2384 lässt diese Beweisfrage überhaupt ganz unerwähnt, und das Charakteristische besteht darnach nur in der Unmittelbarkeit der an den persönlich gegenwärtigen Onerirten zu machenden Auflage durch den Erblasser, die aber im Uebrigen völlig formlos, sei es mündlich oder schriftlich erfolgen kann, und §. 2385 des B.G.B. fügt noch die weitere Singularität hinzu, dass, wenn mehrere Personen mit dem Vermächtnisse beschwert werden sollen, es schon genüge, wenn der Erblasser auch nur einem der Onerirten gegenüber in obiger Weise sich erklärt habe.

c. Mit der jetzigen formellen Gleichstellung der Testamente und Codicille erledigt sich übrigens auch der Gebrauch der sogenannten Codicillarclausel im Sinne des gemeinen Rechtes von selbst.

Anlangend

II. Die bei einer Vermächtnissanordnung betheiligten Personen, so ist

a. in Betreff der Fähigkeit, Vermächtnissnehmer zu sein, auf das oben in §§. 178, 189 Gesagte zu verweisen. Soviel dagegen

b. den Onerirten anlangt, so kann Jeder, der nach dem Willen des Erblassers Etwas auf den Todesfall erhält, resp. Etwas, was ihm durch den Erblasser hätte entzogen werden können, behält, bis zum Betrage des ihm solchergestalt Zufallenden mit Vermächtnissen beschwert werden, er sei wirklicher Erbe oder blosser Einzelnachfolger (§. 2388 des B.G.B.). Im Falle der Destituirung der Erbeinsetzung geht die Verpflichtung zur Entrichtung der Vermächtnisse jetzt in allen Fällen

auf die etwa eintretenden Intestaterben über, und noch schärfer als schon das Erbfolgemandat §. 5 spricht jetzt das Gesetzbuch in §§. 2386, 2395. das Princip aus, dass im Zweifel nicht die Person des Onerirten, sondern das diesem auf den Todesfall zugedachte Object als mit dem Vermächtnisse beschwert zu gelten habe. Eine wirkliche Ausnahme hiervon kommt nur bei dem Anwachsungsrechte unter Vermächtnissnehmern, und zwar auch nur in dem im §. 2431 des B.G.B. gedachten speciellen Falle vor, während es nicht als solche gelten kann, dass der in Gemässheit der oben §. 205, I. II. gedachten Grundsätze ohne und resp. gegen den Willen des Erblassers eintretende Pflichttheilserbe von der antheiligen Entrichtung der Vermächtnisse befreit ist.

III. Ueber die einzelnen Gattungen der vorkommenden Vermächtnisse je nach Verschiedenheit ihres Gegenstandes ist zu vergleichen das Gesetzbuch in den §§. 2451—2499.

§. 207. Fortsetzung.

IV. Erwerb und Wegfall der Vermächtnisse.

A. Erwerb: In Bezug auf denselben schliesst das Gesetzbuch sich

1. dem gemeinrechtlichen Satze an, dass der Vermächtnissnehmer ein auf seine Erben transmissibles Recht auf das Vermächtniss mit dem Augenblicke des Anfalles (d. h. auch hier in der Regel mit dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers resp. des Eintrittes der etwa beigefügten aufschiebenden Bedingung) erwerbe. Und zwar begründet dieser Anfall nicht, wie bei der Delation der Erbschaft, für den Berufenen erst eine blosse Erwerbsmöglichkeit, sondern der Vermächtnissanspruch gelangt in der Person des Bedachten, ohne dass es einer ausdrücklichen oder factischen Annahmeerklärung seinerseits noch bedürfte, ipso jure und selbst ohne sein Wis-

sen zu dem angegebenen Zeitpunkte zur Entstehung. Jedoch soll ihm die Repudiation des Vermächtnisses nach wie vor freistehen und erst die ausdrücklich oder factisch erklärte Annahme des Vermächtnisses macht den Erwerb wie bei dem Antritte der Verlassenschaft zu einem unwiderruflichen (§§. 2426—2428 des B.G.B.).

2. Durch diesen Erwerb wird, wie nach gemeinem Rechte, an sich und zunächst nur eine Obligation zwischen Honorirten und Onerirten erzeugt. Der Eintritt der Klagbarkeit dieser Forderung (dies veniens) war jedoch schon nach unserem zeitherigen Rechte nicht, wie solches gemeinrechtlich die Regel bildet, an den Tag des Antrittes der Erbschaft durch den mit dem Vermächtnisse beschwerten Erben geknüpft, vielmehr galt rücksichtlich des Vermächtnissanspruches bisher nach dec. 12 von 1746 verb. mit const. 13 pte. III. das Besondere, dass der Vermächtnissnehmer zwar keinesfalls vor dem dies tricesimus das Vermächtniss von dem Erben fordern konnte, dafür aber auch von dem dreissigsten Tage ab bei Geldvermächtnissen 5procentige Zinsen und bei Vermächtnissen fruchttragender Sachen die Nutzungen der letzteren schon ex lege zu beanspruchen haben sollte.

Das Gesetzbuch stellt die Forderung des Vermächtnissnehmers rücksichtlich der Zinsen und Nutzungen stillschweigend ganz unter die allgemeinen Grundsätze und behält die Vorschrift des älteren Rechtes nur insoweit bei, als es dem onerirten Erben, selbst wenn er den Nachlass früher antreten sollte, immer noch wenigstens eine Monatsfrist vom Tage des Todes des Erblassers an gegönnt wissen will, bevor die Gewährung des Vermächtnisses von ihm gefordert werden könne.

3. Von diesem Erwerbe des Vermächtnissanspruches sind die Grundsätze über den sachenrechtlichen Erwerb betreffs des vermachten Objectes wohl zu unterscheiden. Hierfür bedarf es bei körperlichen Sachen in der Regel

der Uebergabe des vermachten Gegenstandes seiten des Beschwerten an den Bedachten. Besonderes gilt nur in Ansehung derjenigen Vermächtnisse, welche eine dem Erblasser eigenthümlich zugehörige Sache oder ein Recht an einer solchen oder endlich ein dem Erblasser zuständiges jus in re aliena zum Gegenstande haben. Hier ist das gemeinrechtliche Princip beibehalten, dass das gedachte Eigenthum oder sonstige Recht auf den Vermächtnissnehmer unmittelbar und ohne Dazwischenkunft des Erben übergehe; jedoch wird der Zeitpunkt des Ueberganges insofern anders als nach gemeinem Rechte bestimmt, als derselbe in allen Fällen schon mit dem Augenblicke der Erwerbung des Vermächtnisses in dem oben ad 1. besprochenen Sinne vor sich gehen soll (§. 2451 des B.G.B.), während das gemeine Recht hierbei an dem dies veniens festhält (Arndts, Lehrb., §. 560).

4. Die Lehre vom Anwachsungsrechte unter Vermächtnissnehmern ist wie das Accrescenzrecht unter Miterben (zu vergl. oben §. 199) gleichfalls auf die voraussetzliche Willensabsicht des Erblassers zurückzuführen, und stimmt daher insoweit mit den diesfallsigen Grundsätzen des gemeinen Rechtes in allen wesentlichen Punkten überein (Arndts, Lehrb., §. 556. — §§. 2431 ff. des B.G.B.).

5. Das Recht der Vermächtnissnehmer auf vorläufige Sicherstellung ihres Anspruches, zu welchem Zwecke ihnen unter Andern zum Ersatze der ihnen früherhin insoweit zustehenden stillschweigenden Hypothek noch in §. 39 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 ein gesetzlicher Rechtstitel auf Eintragung ihrer Forderung auf dem Folio des Nachlassgrundstückes belassen worden war, ist gegenwärtig als ein besonderes ganz aufgehoben und damit zugleich die in jener Gesetzesstelle erwähnte, auf der Erl. Process-Ordnung ad. tit. XLV. 4 beruhende Verpflichtung der Nachlassbehörden, für Sicherstellung der

Vermächtnisse nach Befinden von Amtswegen Sorge zu tragen, in Wegfall gelangt.

B. Wegfall der Vermächtnisse. Hier gilt zunächst

1. der Grundsatz, dass die im letzten Willen angeordneten Vermächtnisse als aufgehoben zu gelten haben wenn der letzte Wille unter einer der oben §. 193 gedachten Voraussetzungen aufgehoben wird. Ausserdem enthält aber das Gesetzbuch

2. auch noch eine Reihe specieller auf die Aufhebung der Vermächtnisse insbesondere bezüglicher Vorschriften, und zwar zunächst

a. für den Fall ihres ausdrücklichen Widerrufs. Insoweit galt bisher bei uns der gemeinrechtliche Grundsatz, dass zum Widerrufe von Vermächtnissen es einer besonderen Form überhaupt nicht bedürfe. Das Gesetzbuch §. 2413 stellt aber im Allgemeinen die Regel auf, dass Vermächtnisse aller Art nicht bloss unter Beobachtung der für deren Errichtung regelmässig vorgeschriebenen Solennitäten, sondern auch ausserdem noch durch einfache Erklärung vor Gericht oder aussergerichtlich vor zwei Solennitätszeugen, in formlosen Schriften dagegen nur dann widerrufen werden können, wenn der Erblasser sich solches in seinem letzten Willen ausdrücklich vorbehalten hatte. Die Singularität der dec. 11 von 1746 rücksichtlich des legatum praesente herede relictum, wonach ein derartiges Vermächtniss nur vor fünf Zeugen sollte widerrufen werden können, ist damit zugleich beseitigt, andererseits jedoch auch ausdrücklich der Annahme entgegengetreten, als könne ein solches Vermächtniss in derselben formlosen Weise widerrufen werden, wie es errichtet wurde. Die in den Quellen sich findende Antinomie betreffs der Frage, wie es zu halten sei, wenn nicht deutlich erhelle, auf welches von mehreren zu Gunsten verschiedener Personen errichteten Vermächtnissen der erfolgte Widerruf sich beziehe (Arndts, Lehrb., §. 551,

Anm. 5), ist in §. 2415 des B.G.B. in dem Sinne erledigt, dass der Widerruf rücksichtlich aller unwirksam sein solle, und dasselbe Princip findet sich in §. 2414 des B.G.B. auch auf den Fall angewendet, wenn es sich um eine Mehrheit von Vermächtnissen zu Gunsten derselben Person handelt.

b. In Betreff des ausserdem möglichen factischen Widerrufes unterscheidet das Gesetzbuch in §. 2418 rücksichtlich des aus einer Veräusserung der vermachten Sache des Erblassers zu folgernden Widerrufswillens nicht weiter, wie es nach gemeinem Rechte geschieht, zwischen Veräusserungen aus freien Stücken und solchen aus dringender Noth, sondern nimmt in allen Fällen der Alienation, ebenso wie in denen einer von dem Erblasser selbst ausgegangenen Vernichtung oder Specification der vermachten Sache (zu vergl. §. 2419 des B.G.B.), den Ademtionswillen im Zweifel als constatirt an. Weiter hat

c. der sonst bei Lebzeiten des Erblassers erfolgte Untergang der Sache das Erlöschen des Vermächtnisses zur Folge (§. 2420 des B.G.B.), während ein erst nach dem Tode des Erblassers sich ereignender Untergang der Sache an sich auf den Fortbestand des Vermächtnissanspruches ohne Einfluss bleibt. Hier tritt vielmehr die Vorschrift in §. 2439 des B.G.B. ein, wonach der Beschwerte zwar für Verschuldung, aber nicht für Casus haftet. Ebenso ist eine von dem Onerirten vorgenommene Veräusserung der vermachten Sache, dafern letztere eine dem Erblasser selbst zugehörige war, vermöge der oben A 3. gedachten Grundsätze dem Bedachten in der Regel und soweit nicht bei Immobilien etwa das Princip der Publicität dazwischen tritt, unnachtheilig. Umgekehrt wird aber auch ein von dem Erblasser rücksichtlich der eigenen Sache dem Erben zu Gunsten eines Dritten auferlegtes Veräusserungsverbot nach §. 2387 des B.G.B. als ein dem Dritten zugedachtes Vermächtniss aufgefasst,

und die ihm zuwider vorgenommene Veräusserung der Regel nach in Gemässheit der Vorschrift in §. 223 des B.G.B. als nichtig betrachtet werden müssen.

d. Ungeachtet der schon wiederholt erwähnten Beseitigung der Vorschriften über den Abzug der Falcidischen Quart, ist doch in §§. 2443 ff. zur Wahrung des im vorigen Paragraphen erwähnten Satzes, dass der Onerirte nicht über den Betrag des ihm Zugewendeten belastet werden könne, eine Reihe von Bestimmungen getroffen, welche den Zweck haben, die für den Fall der Ueberschwerung des Onerirten eintretende verhältnissmässige Reduction der einzelnen Vermächtnisse zu ermöglichen.

§. 208. **Schenkung auf den Todesfall*).**

Obwohl unser zeitheriges Recht betreffs des Begriffes der Schenkung auf den Todesfall, sowie seiner Natur und Wirkungen im Allgemeinen nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen folgte, so bestand doch nach zwei Seiten hin eine nicht unwesentliche Abweichung davon, die es zugleich erklärlich erscheinen lässt, weshalb die Frage, ob eine Schenkung als donatio inter vivos oder mortis causa aufzufassen sei, in unseren Gerichtshöfen verhältnissmässig sehr häufig zur Sprache kam (Zeitschr. f. Rechtspfl. A. F. III. S. 406, N. F. XVII. S. 178, XXI. S. 433; Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1841, S. 187 f., Jahrg. 1843 S. 153, 313, Jahrg. 1844 S. 345, Jahrg. 1848 S. 497, Jahrg. 1850 S. 345, Jahrg. 1860 S. 485, Jahrg. 1862 S. 9). Einmal nämlich hielt unsere Praxis constant an der, wenn auch irrigen, so doch selbst in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin weitverbreiteten Ansicht fest, dass die Schenkung auf den Todesfall der gewöhnlichen Codicillarform unterliege (mit Ausnahme des Falles, wenn sie das Gesammtvermögen betraf, wo

*) Zu vergl. Dr. Bernh. Schmidt, Progr.: De mortis causa donationis, quam Codex jur. civ. Sax. ponit, vi et indole observatio I., Lips. 1866.

sie nach Vorschrift der const. 1 pte. III. unbedingt gerichtlich errichtet werden musste), und sodann waren dergleichen Schenkungen nach der ausdrücklichen Bestimmung der const. 1 und 2 pte. III. von dem Abzuge der Falcidischen Quart befreit. Das Gesetzbuch hat die Eigenthümlichkeit des Institutes als eines zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden und denen von Todeswegen in der Mitte stehenden von vornherein dadurch beseitigt, dass es die gemeinrechtlich hierher gehörigen Fälle gewissermaassen in zwei Hälften theilt und davon die eine Hälfte ausschliesslich den negotiis mortis causa, die andere den negotiis inter vivos zuweist.

Als Theilungsprincip benützt es dabei in §§. 2500 ff. den von dem Standpunkte des gemeinen Rechtes aus an sich völlig gleichgültigen Umstand, ob die Schenkung bei Lebzeiten des Erblassers bereits vollzogen worden ist oder nicht. Darnach würde also

1. das von Jemandem für den Fall seines Todes (sei es im Allgemeinen für diesen Fall, oder für den Fall des Todes in einer besonderen Lebensgefahr) einem Anderen ertheilte noch unerfüllte Schenkungsversprechen als blosse Verfügung von Todeswegen zu beurtheilen sein und zwar hat man solchenfalls weiter zu unterscheiden ob das Versprechen:

a. ein blosses einseitiges geblieben oder

b. von dem Beschenkten in einer den Schenker bindenden Weise acceptirt worden ist.

Unter der Voraussetzung zu a. wird dasselbe nämlich rücksichtlich seiner Form und Wirkung unter die von einseitigen letztwilligen Verfügungen geltenden Vorschriften gestellt, im andern Falle unter b. dagegen als Erbvertrag behandelt und demgemäss auch an die für dessen Errichtung aufgestellten Formerfordernisse geknüpft. Auf den Umfang der Schenkung und namentlich darauf, ob die Schenkung eine einzelne Sache oder

den ganzen Nachlass, resp. einen aliquoten Theil zum Gegenstande habe, kommt nur insofern etwas an, als sich darnach die Beantwortung der Frage richtet, ob unter dieser Form eine Universal- oder Singularsuccession angeordnet worden sei. Die bei dem Schenkungsacte erfolgte Beziehung auf den künftigen Tod des Schenkers enthält hier, wenn sie bloss im Allgemeinen geschieht, weiter Nichts als eine Hindeutung auf die allen Zuwendungen von Todeswegen ohnehin schon gemeinschaftliche Voraussetzung, dass der Bedachte den Erblasser überleben müsse, während die Verweisung auf eine dem Schenker zur Zeit der Schenkung drohende besondere Todesgefahr als eine der Zuwendung beigefügte Bedingung wirkt.

2. Wird dagegen die Schenkung sofort oder überhaupt noch bei Lebzeiten des Schenkers durch Uebergabe der Sache oder durch Bestellung, resp. Uebertragung des den Gegenstand der Zuwendung bildenden Rechtes u. s. f. erfüllt, so liegt nach der Auffassung des Gesetzbuches eine donatio inter vivos vor, nur bedingt durch den früheren Tod des Schenkers (§. 887 des B.G.B.), resp. durch dessen Umkommen in der besonders hervorgehobenen Lebensgefahr, und ist es quaestio facti, ob die Bedingung auf den Vermögenserwerb aufschiebend oder auflösend wirkt. Jenachdem das Eine oder Andre der Fall ist kann die Rückforderung der geschenkten körperlichen Sache, und zwar beim Wegfalle der aufschiebenden Bedingung mit der Eigenthums- resp. Publicianischen Klage aus der Hand jedes Dritten, im Falle des Existentwerdens der Resolutivbedingung aber nur mit einer lediglich gegen den Beschenkten oder dessen Erben wirkenden persönlichen Klage geschehen, vorbehältlich natürlich im letzteren Falle der Klage auf das etwaige Interesse, wenn die Sache nicht mehr vorhanden sein sollte (§. 291 des B.G.B.).

§. 209. Anwartschaft.

I. Die Erbanwartschaft oder das Universalfideicommiss.

Dieselbe wird von dem Gesetzbuche keineswegs als bedingte directe Erbeinsetzung, sondern wie nach gemeinem Rechte als ein zwischen der Erbfolge im technischen Sinne und der Einzelnachfolge in der Mitte stehendes Institut behandelt, welches zwar seinem vermögensrechtlichen Erfolge nach der Erbfolge gleichsteht, aber namentlich in Betreff der Fähigkeit, damit bedacht zu werden, unter den Grundsätzen der Vermächtnissfolge steht: zu vergl. oben §. 178 sub B Bd. II S. 151 ff. Demgemäss wird dem mit der Anwartschaft beschwerten Erben im §. 2514 des B.G.B. an den zur Anwartschaft gehörigen Sachen das Eigenthum zugesprochen, und es ist daher auch bei Immobilien die Eintragung des Erben, wenn schon unter gleichzeitiger Verlautbarung der Fideicommissqualität des Grundstückes auf dem betreffenden Folium zu bewirken. Im Uebrigen wird aber sein Rechtsverhältniss zu dem mit der Anwartschaft beschwerten Vermögen bis zu dessen Herausgabe an den Anwärter im §. 2515 des B.G.B nach den vom Niessbrauche an einem ganzen Vermögen geltenden Grundsätzen (§§. 631 ff. des B.G.B.) bestimmt und es ist derselbe daher auch wie ein solcher Usufructuar zur Cautionsleistung verpflichtet. Dagegen tritt der Anwärter von Zeit der Restitution an an die Stelle des Erben (§. 2518 des B.G.B.) dergestalt, dass er den Erbschaftsgläubigern fortan allein haftet und der Erbe nur in dem Falle, wenn die restituirte Erbschaft zur Befriedigung der letzteren nicht ausreichen sollte, und auch dann nur bis zu dem Betrage der von ihm bis zur Restitution der Erbschaft von derselben gezogenen Früchte, in Anspruch genommen werden kann (§. 2521 des B.G.B.).

Auch stellt hier das Gesetzbuch im §. 2517 rücksichtlich der unter der Anwartschaft begriffnen beweglichen und unbeweglichen Sachen ein den Fiduciar schon vermöge gesetzlicher Vorschrift treffendes Veräusserungsverbot auf, welches jedoch, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, bei Immobilien die oben erwähnte Verlautbarung der Fideicommissqualität im Grund- und Hypothekenbuche voraussetzt.

Das fideicommissum ejus, quod superfuturum erit ist im §. 2522 des B.G.B. dahin modificirt, dass der Erbe vollkommen freie Disposition unter den Lebenden über das Anwartschaftsvermögen hat, so dass er nicht einmal das nach gemeinem Rechte dem Anwärter übrig zu lassende Viertheil aufzubehalten braucht. Dagegen ist ihm die Verfügung für den Todesfall schlechthin untersagt. Wie die quarta Falcidia, so ist auch die Trebellianica und deren Abzugsmöglichkeit nunmehr aufgehoben. Es erledigt sich daher hierdurch der in der Bekanntmachung des Oberappellationsgerichtes vom 6. August 1836 no. III. ausgesprochene, in Sachsen zeither festgehaltene Grundsatz von selbst, wonach ein gleichzeitiger Abzug des Pflichttheils und der Trebellianischen Quart nur bei bedingten Universalfideicommissen und auch hier nur den Descendenten des Erblassers, resp. deren Nachfolger zustehen soll, vorausgesetzt überdem, dass der Erblasser den doppelten Abzug nicht etwa untersagt gehabt (zu vergl. Siebenhaar, in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. XV. S. 385 ff.).

II. Familienanwartschaft.

Ueber das ältere Recht ist zu vergl. Haubold, §§. 394 und 395 und für das Recht des Gesetzbuches Dr. Otto Freiesleben, die Familienanwartschaft nach dem neuesten Sächsischen Rechte, Leipzig, 1868.

Abschnitt IV. Von der erblosen Verlassenschaft.

§. 210.

Erblose Verlassenschaften zieht der Fiscus an sich. Früher ging nach Befinden der Inhaber der Patrimonialgerichtsbarkeit vor, was auch jetzt noch rücksichtlich des Fürstlich Schönburgischen Hauses gilt. Vor Einziehung der Verlassenschaft als bonum vacans müssen jedoch nach Maassgabe des Mandats I. vom 13. November 1779 behufs der Ermittelung etwaiger unbekannter Interessenten Edictalien erlassen werden. Auch hat der Fiscus, wenn die Verlassenschaft ihm anheimfällt, gleich dem Erben die Nachlassgläubiger resp. Vermächtnissnehmer zu befriedigen (Erbfolgemandat §§. 131 ff. und B.G.B. §§. 2618—2620). Noch kommt hier die Vorschrift in §. 2562 des B.G.B. insofern in Betracht, dass der von einem gesetzlichen Erben vertragsmässig geleistete Erbverzicht in dem Falle, wenn beim nachmaligen Tode des Erblassers andre Erben nicht vorhanden sind und der Nachlass demzufolge an den Staat fallen würde, für wirkungslos geachtet werden soll, vorausgesetzt, dass er sich nicht ausdrücklich auch auf diesen Fall mit bezog.

Chronologisches Verzeichniss

der in dem Werke angezogenen Rechtsquellen.

Bd. II. S. 124. §. 12. Bd. I. S. 125. §. 16. Bd. I. S. 398. Bd. II. S. 133.

Cap. XVI. §§. 1. 2. Bd. II. S. 127. §. 3. Bd. I. S. 92. Bd. II. S. 129. §. 6. Bd. II. S. 130. §. 11. Bd. II. S. 130. §. 15. Bd. II. S. 129.

„ XIX. §. 3. Bd. I. S. 59. §. 6. Bd. II. S. 136.

„ XX. §. 1. Bd. II. S. 131. §. 2. Bd. II. S. 132. S. 142. §. 4. Bd. II. S. 132. §. 7. Bd. II. S. 110. S. 112.

„ XXII. §. 4. Bd. II. S. 93. §. 5. Bd. II. S. 90. S. 107.

„ XXIII. §. 10. Bd. II. S. 99. S. 107.

„ XXIV. §. 3. Bd. II. S. 139. §. 5. Bd. I. S. 104. §. 7. Bd. II. S. 178. §. 11. Bd. II. S. 140. S. 141. § 12. Bd. II. S. 141.

„ XXV. Bd. II. S. 54. §. 3. Bd. II. S. 143. §. 5. Bd. II. S. 143. §. 11. Bd. II. S. 144. §. 12. Bd. I. S. 48. Bd. II. S. 144.

„ XXVI. §§. 1. 4. Bd. II. S. 134.

Generale, das Verbot des Ausspielens betr., vom **18. Februar 1784.** Bd. I. S. 475.

Resolution in consistorialibus vom **27. Januar 1786.** no. 10. Bd. II. S. 53. no. 13. Bd. II. S. 22.

Regulativ vom 11. **März** und Rescript vom **22. März 1786,** die Cognition der Hofämter in den rechtlichen Angelegenheiten der Hofbedienten betr. Bd. II. S. 180.

Generale, die Bestrafung gewaltsamer Besitzergreifungen betr., vom **19. Februar 1789.** Bd. I. S. 149.

Befehl, von welcher Zeit an der Erbanfall des Vermögens eines für todt geachteten Abwesenden zu rechnen sei, vom **16. Juni 1790.** Bd. I. S. 55.

Rescript wegen gerichtlicher Niederlegung letzter Willen vom **28. October 1791.** Bd II. S. 172.

Rescript, die Gebarung mit Mündelgeldern betreff., vom **24. Februar 1792.** Bd. II. S. 123.

Rescript, die Erläuterung des Befehls vom 11. August 1785 wegen der vom Appellationsgerichte zu ertheilenden Decrete betr., vom **17. Juli 1794** Bd. I. S. 461. S. 463.

Rescript, die Legitimation unehelicher Kinder durch landesherrliches Rescript betr., vom **8. Januar 1796.** Bd. II. S. 78.

Mandat, wegen Einschränkungen des Hundehaltens etc. (Hundemandat) vom **2. April 1796.** Bd. I. S. 491.

Generale, das Verfahren bei der Publication der Mandate und Generalien betr., vom **13. Juli 1796.** Bd. I. S. 28.

Rescript, die Klagen gegen Churfürstliche in officio fehlende Diener betr. v. **18. October 1796.** Bd. I. S. 482.

Generale, die Anweisung der Pfarrer etc. zu besserer Einrichtung der Kirchenbücher betr., vom **18. Februar 1799.** Bd. I. S. 50.

Befehl wegen der zu Anlegung neuer Mühlen zu ertheilenden Concession vom **7. October 1800.** Bd. I. S. 89.

Generale, die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten

Alphabetisches Inhaltsregister.

Druck von A. Th. Engelhardt in Leipzig.



